جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الإدارية

بن عكنون

القيود الواردة على حرية الادارة لدى تعاقدها

بحث لنيل درجة الماجستير في الادارة و المالية

إعداد : محمد الصالح فنينش

إشراف : د . رياض عيسى

لجنة المناقشة

الأستاذ ـ د : رئيسا

الأستاذ ـ د : مقررا

الأستاذ ـ د : عضوا

الأستاذ ـ د : "

- مقدمة -

إن أداء الوظائف الاقتصادية والاجتماعية وغيرها ، يعتبر من المهام الأساسية للدولة المعاصرة ، ومن ثمة فإن هذه المهام تعد بمثابة الضرورة الموضوعية التي يقتضيها البناء الاشتراكي في الجزائر .

غير أن أداء تلك الوظائف يتطلب استخدام الوسائل المادية والقانونية الملائمة ، وتعتبر العقود التي تبرمها أجهزة الدولة المختلفة أهم الوسائل القانونية في مجال تنظيم وإتمام عمليات التبادل ، وكأداة أساسية لتنفيذ برامج ومخططات الدولة .

ويترتب على كون العقد أداة تبادل وأداة لإنجاز الخطة التزام اقتصادي وقانوني في ذات الوقت ، وأن أي من هذين الالتزامين لا يمكن فصله عن الآخر ، ذلك لأن الالتزام بتنفيذ المضمون الاقتصادي للمخطط لا يجد تفسير إلا في المجال القانوني الذي رسمه المشروع ، وهو المجال الذي يقتضي حتما التزام جميع أجهزة التنفيذ باحترام كافة القيود القانونية سواء كانت سابقة على عملية ابرام العقد أو كانت متعلقة بعملية الابرام ذاتها .

وبناء على ذلك تبدو أهمية دراسة الموضوع في الجزائر للاعتبارات الآتية :

أولا : عدم وجود دراسة متخصصة حول موضوع القيود القانونية التي ترد على حرية الادارة لدى تعاقدها .

ثانيا: غموض النظام القانوني لهذه القيود والأحكام المنظمة لها.

ثالثا: البحث في مدى أهمية هذه القيود من جميع النواحي إضافة الى الاعتبارات النظرية والفكرية في هذا الميدان .

ونشير في هذا الصدد الى الصعوبات التي واجهت موضوع الدراسة ، والتي تتمثل أساسا في قلة المصادر والدراسات التي تناولت بعض جوانب هذا الموضوع ، وعدم امكانية الحصول على بعضها ، علاوة على صعوبة الحصول على الأحكام القضائية الجزائرية المتعلقة بموضوع البحث . مما شكل في بعض الأحيان - عائقا في التوصل الى نتائج شاملة في بعض جوانب هذه الدراسة .

ولقد تم تقسيم موضوع هذه الدراسة الى بابين رئيسيين :

الباب الأول : يتضمن معالجة القيود السابقة على التعاقد ، وبيان قيمتها القانونية والنتائج المترتبة على عدم مراعاتها .

الباب الثاني : يحتوي على دراسة القيود الواردة على عملية التعاقد ذاتها ، وتوضيح القيمة القانونية لها والنتائج المترتبة على مخالفتها .

البـــاب الأوّل

القيودُ السّابقة على التّعاقد

البـــــاب الأول

القيـود السـابـقـة علـى التـعاقـد

لما كانت العقود التي تبرمها الادارة على هذا القدر من الأهمية في تنظيم واتمام عمليات التبادل ، وفي تحقيق أغراض خطة التنمية ، فإن تشريعات الدول بصفة عامة ، تحرص دائما على بلوغ هذه الأهداف ، فتفرض قيودا سابقة كثيرة ومتنوعة ، تحد من حرية الادارة ، بحيث لا تستطيع هذه الأخيرة ، إبرام أي عقد من العقود إلا إذا استوفت هذه الاجراءات أو القيود التي تسبق عملية التعاقد .

والقيود السابقة على التعاقد ، وإن كانت تضيق وتتسع تبعا لطبيعة ونوعية وأهمية كل عقد ، فإنها تزداد ضيقا واتساعا بشكل أكثر حسب طبيعة النظام السائد في كل بلد ، فهي في البلدان ذات النظام الرأسمالي ، تعتبر استثناء من القاعدة ، اذ القاعدة في ظل هذا النظام ، هي حرية الادارة باعتبارها صاحبة سلطة وامتياز . ومن ثم فإن هذه القيود تضيق الى أقصى الحدود ، بيد أن هذه القيود تتسع في ظل النظام الاشتراكي لتصبح هي القاعدة . والاستثناء الذي يرد عليها هو حرية الادارة ، باعتبار هذه الأخيرة ، أداة لتنفيذ السياسة الاقتصادية ، وبالتالي أداة لتنفيذ القانون .

ومع كل ذلك ، فإن القيود التي تسبق عملية التعاقد ، بوجه عام ، ويتعين على الادارة اتباعها ، كثيرة وعديدة ، نكتفي بدراسة أهم صورها ، وهي : الاعتماد المالي ، والموافقة السابقة على التعاقد ، والاستشارات السابقة ، وذلك في فصول ثلاثة .

الفَصْل الأوّل

الاعتماد المالي

الفصل الأول

الاعتماد المالي

لمبدأ الاعتماد المالي أهمية كبيرة في حياة المجتمعات قديما وحديثا ، لكن أهمية هذا المبدأ ازدادت أكثر مع انتشار المبادئ الديمقراطية ، وتزايد النفقات العامة ، نتيجة لتدخل الدولة في جميع الميادين الحيوية ، الى درجة أن أصبح هذا المبدأ الأساس الاقتصادي للنظام المالي في البلدان الاشتراكية (١) .

ولإبرازا لأهمية مبدأ الاعتماد المالي ، المتمثل في تقييد حرية الحكومة ، عن طريق فرض الرقابة السابقة واللاحقة على أعمالها من طرف ممثلي الأمة أو الشعب ، نحاول في هذا الفصل أن نبين القيمة الدستورية له والنتائج المترتبة على مخالفته من طرف الادارة .

---

(١) راجع - د . رياض عبد عيسى الزهيري - العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي - رسالة دكتوراه بغداد ١٩٧٩ - ص ٢٥٥ .

المبحث الأول

القيمة الدستورية للإعتماد المالي

إن حق السلطة التشريعية في اعتماد الميزانية ، ما هو إلا ثمرة من ثمار مطالب ممثلي الشعب ، التي نضجت عبر التطور التاريخي التدريجي ، الذي بدأ بضرورة موافقة هؤلاء الممثلين على فرض الضرائب ، ثم تبع ذلك ضرورة مراقبة هؤلاء الممثلين على عملية إنفاقها ، الى أن أصبح من اللازم اعتماد الميزانية من قبل هؤلاء بل لم يقف الأمر عند هذا الحد ، وانما تعداه في النظم الاشتراكية ، الى الإمعان والتدقيق في جانب النفقات بالميزانية وربط اعتماد الدفع بمراحل الانجاز خطوة خطوة (٢) .

وبغرض تبسيط وإظهار القيمة الدستورية للاعتماد المالي ، ندرسه في مطلبين ، نخصص الأول للتطور التاريخي والقانوني لهذا المبدأ ، وندرس في الثاني مبدأ التخصيص في النفقات العامة .

---

(٢) راجع - د . السيد عبد المولى - المالية العامة (الأدوات المالية) دار الكتاب العربي - القاهرة - ١٩٧٥ - ص ٥٠٥

المطلب الأول

التطور التاريخي والقانوني لمبدأ الاعتماد المالي

يرى المؤرخون الايطاليون ، أن الجمهوريات الايطالية في جنوى والبندقية وفلورنسا ، هي أول من استخدم طريقة جمع الايرادات والنفقات في قائمتين متقابلتين ، بحيث يشكل ذلك نوعا من الموازنة ، كما أن مبدأ السيادة الشعبية واعتماد الميزانية من قبل ممثلين عن الشعب ، كان معروفا لدى الجرمانيين والافرنجيين وغيرهم (٣) .

غير أن مبدأ الاعتماد المالي بمفهومه الحديث ، لم يتبلور بشكل علمي وواضح الا في انجلترا التي حذت حذوها فرنسا ، ثم انتقل هذا المبدأ بعد ذلك الى الدول الأخرى ، حتى أصبح مطبقا في جميع البلدان المتمدينة .

أولا : مبدأ الاعتماد المالي في انجلترا :

لقد كان الملك الانجليزي في القرون الوسطى يغطي نفقات المملكة من حاصلات أملاك التاج الخاصة ، وكان حرا في الانفاق ، كما كان يحق له فرض ضرائب استثنائية على الرعية وعند الضرورة ، تزول بزوال هذه الضرورة ، لكنه رغم ذلك قد كان مجبرا في مثل هذه الحالة الى الحصول على موافقة ممثلي الأمة .

ولما أخذت نفقات الدولة تزداد ، اضطر الملك الى الاستعانة بالضرائب أكثر من ذي قبله وحاول مرات كثيرة أن يتجاهل ممثلي الشعب ، فقرر البرلمان

---

(٣) راجع ـ د. حسن عواضة ـ المالية العامة : ط ٣ ـ دار النهضة العربية ـ بيروت ـ لبنان : ١٩٧٣ ـ ص ٢٨ .

سنة ١٦٢٨ عدم قانونية كل ضريبة تحصل دون موافقته ، فلم يجد الملك شارل الأول بدا من أن يصدر في نفس السنة ، وثيقة إعلان الحقوق التي التزم فيها بأ لا يفرض ضريبة إلا بعد موافقة النواب عليها .

و في سنتي ١٦٨٨ ، ١٦٨٩ قرر البرلمان عدم قانونية كل جباية تجبى من أجل التاج لمدة وبطريقة لم يوافق عليها النواب ، الأمر الذي جعل ويليام الثالث - يصدر ما يسمى " دستور الحقوق " معلنا عدم مشروعية أية جباية لأموال ، الا بالقدر و في المواعيد وبالكيفية التي يأذن بها البرلمان ، الذي ألزم الملك بأن يعرض عليه قسما كبيرا من النفقات قبل اجرائها .

وبعد قرن ونصف تقريبا ، أي في سنة ١٨٣٧ ، أصبح للبرلمان الانجليزي سلطة مطلقة على جميع النفقات ، فكان يناقشها بحرية كاملة ، قبل اعتمادها أو رفضها ، ولم يكتف بذلك فحسب ، بل قرر أن الاذن بالجباية واعتماد النفقات ، يجب أن يصدر عنه وحده ، وأن هذا الاذن أو الاعتماد ، يجب أن يحدد مدة بعد مدة (٤) .

ثانيا : مبدأ الاعتماد المالي في فرنسا .

من المبادئ التي كانت مستقرة في فرنسا خلال القرن الرابع عشر ، أن الضرائب لا يجوز فرضها ، الا بعد موافقة ممثلي الشعب ، لكن الملك في كثير من الأحيان لا يتقيد بهذه المبادئ ، بل حتى وصل به الأمر الى تناسيها في بداية القرن السابع عشر ، وذلك على الرغم من الاحتجاجات التي كانت تصدر بين الحين والآخر من مختلف فئات الشعب (٥) .

(٤) راجع - د. حسن عواضة - المرجع السابق - ص ٢٩
(٥) نفس المصدر - ص ٣٠ .

وظل الحال كذلك الى غاية سنة ١٧٨٩ الذي اجتمعت فيه الجمعية الوطنية ، وأعلنت في المادة ١٤ من شرعة حقوق الانسان : (أن من حق الشعب مباشرة أو بواسطة ممثليه ، أن يتأكد من ضرورة الضرائب ، وأن يوافق عليها بمليء الحرية ، ويراقب استعمالها ، ويقرر أساسها ونسبتها ، وطريقة جبايتها ومدتها) (٦) .

وعلى اثر ذلك صدر دستور ١٧٩١ الذي أعطى الحق للمجلس التشريعي ، في تحديد النفقات العامة ، ثم جاء في نص دستور سنة ١٧٩٣ من أنه : (لا يمكن فرض أية ضريبة الا في سبيل المصلحة العامة ، ولجميع المواطنين الحق في أن يسهموا بفرض الضرائب ويراقبوا استعمالها ، ويطلبوا بيانات عنها) (٧) .

فعند هذا الحد أصبح الاعتماد المالي ، يأخذ شكله الحالي ، سواء في انجلترا أو في فرنسا ، حيث أصبحت السلطة التشريعية ، تأذن بالجباية والانفاق ، ولا تعطي هذا الاذن أو الاعتماد لأكثر من سنة ، فقيدت بذلك الحكومة وقلمت أظافرها .

ومع ذلك فان الرقابة على أوجه الانفاق لم تتأكد بصفة نهائية ، الا بعد مدة من الزمن ، ففي انجلترا ، لم يتحقق مبدأ الرقابة على أوجه الانفاق ، الا في سنة ١٨٣٧ ، بينما لم يتأكد هذا المبدأ في فرنسا الا في عام ١٨٦٢ ، أما في الولايات المتحدة الأمريكية التي تخلصت من الاستعمار البريطاني في سنة ١٧٨٢ ، فان مبدأ مراقبة النفقات العامة لم يطبق الا في سنة ١٩٢١ (٨) .

اذن فنقطة الانطلاق في تحقيق مبدأ الاعتماد المالي ، - وجعله مبدأ دستوريا راسخا ، يطوق عنق الحكومة ، وتقيد من حريتها هي رغبة الشعب في أن يوافق على فرض الضرائب التي ترغب الحكومة في تحصيلها ، ولما اقتنعت السلطة

(٦) أنظر - د. حسن عواضة - المصدر السابق ص ٣٠ -
(٧) نفس المرجع - ص ٣١
(٨) راجع - د. السيد عبد المولى - المرجع السابق - ص ٢١ الهامش رقم (١)
وكذلك د. حسن عواضة نفس المصدر - ص ٤٠ الهامش رقم (١) .

بهذا المبدأ - مبدأ الاعتماد المالي - طلب ممثلو الشعب المكلفين لهذا الغرض ، أن يراقبوا استعمال المبالغ المحصلة ، وأن يناقشوا الحكومة في حاجاتها الى المبالغ المالية ، و في الأسباب التي تبرر فرض الضرائب ، ثم أصروا على أن تكون موافقتهم على الجباية والانفاق دورية .

أما في الوقت الراهن ، فإن مبدأ الاعتماد المالي مكرس في جميع دساتير الدول على اختلاف أشكالها ونظامها (٩) ، فالسلطة التشريعية في جميع الدول هي صاحبة الحق في اعتماد الميزانية ، تطبيقا لقاعدة - أسبقية الاعتماد على التنفيذ - ، ومقتضى هذه القاعدة ، أنه لا يمكن لأية جهة ادارية ،

---

(٩) من بين الدساتير التي تؤكد هذا الحق المخول للسلطة التشريعية نذكر :-

أولا : نص الدستور الأمريكي الصادر سنة ١٧٨٧ مع تعديلاته الى غاية ١٩٥١ في مادته الأولى ، التي تحدد صلاحيات الكونجرس في الفقرة التاسعة منها على أنه : " لا تسحب أموال من الخزينة العامة ، إلا بناء على اعتمادات تصدر بقانون ، وينشر من حين الى حين بانتظام بيان دوري عن حساب الايرادات والمدفوعات لجميع الأموال العامة " .

ثانيا : الدستور السوفيتي الصادر في ١٢/٠٥/ ١٩٣٦ ، الذي ينص في المادة ١٤ منه على أنه : " يمارس اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية بواسطة هيئاته العليا ، سلطة الدولة ، وهيئات ادارة الدولة الصلاحيات الآتية : " ... المصادقة على ميزانية الاتحاد السوفيتي العامة الوحيدة ، وعلى التقرير المتعلق بتنفيذها ، وفرض الضرائب وتعيين الدخول المخصصة لتشكيل ميزانيات اتحاد الجمهوريات والميزانيات المحلية " .

ثالثا : الدستور الفرنسي المؤرخ في ٠٤/١٠/١٩٥٣ الذي نص في المادة

.../...

أن تقوم بتنفيذ أي مشروع ، إلا اذا وجد الاعتماد المالي اللازم لذلك ، اذ لو أجيز للجهات الادارية القيام بتنفيذ مشروعاتها قبل أن تأذن لهما السلطة التشريعية ماليا ، لأدى ذلك الى اضعاف حق السلطة التشريعية في الرقابة على سياسة الحكومة وأعمالها . فالأمر رقم ٩٢ / ٧٥ المؤرخ في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ المتضمن قانون المالية الجزائري لسنة ١٩٧٦ ، ينص في المادة الأولى منه - الفقرة حـ - على أنه : (لا يمكن أن يتخذ أي اجراء من شأنه ، أن يزيد في تكاليف الدولة أو يقلل من مواردها ، إلا بموجب نص ذي طابع تشريعي) .

= ٣٤ منه على : (أن اقرار القانون يكون للبرلمان .... تحدد القوانين المالية موارد وأعباء الدولة بالشروط وفي الحدود التي بينها قانون أساسي ، تحدد قوانين تخطيطية أهداف النشاط الاقتصادي والاجتماعي للدولة ......) .

رابعا : الدستور الصيني ، الصادر في ٢٠ / ٠٩ / ١٩٥٤ الذي جاء في مادته ٢٧ من أنه : (للمجلس الوطني نواب الشعب ممارسة الوظائف الآتية :...(١٠) - يراجع ويوافق على ميزانية الدولة والتقرير المتعلق بتنفيذها).

خامسا : الدستور الجزائري الصادر في ٢٢ / ١١ / ١٩٧٦ الذي ينص في المادة ١٥١ منه على أنه : (للمجلس الشعبي الوطني ، أن يشرع في المجالات التي خولها له الدستور . تدخل كذلك في مجال القانون....(١٥) اقرار المخطط الوطني - ١٦ - التصويت على ميزانية الدولة .

ونصت أيضا المادة ٢٥ من القانون ٥٣ لسنة ١٩٧٣ ، الخاص بالموازنة المصرية على أنه : (لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروعات غير واردة في الخطة أو في الموازنة العامة للدولة ويترتب عليها انفاق مبالغ من خزينة الدولة في فترة مقبلة ، إلا بموافقة مجلس الشعب)، كما نص قانون المحاسبة اللبناني الصادر بموجب المرسوم رقم ٩٦٩ /٦٠٠٩ المؤرخ في ٣١ / ١٢ / ١٩٦٣ في المادة ٥٧ منه مبينا أنه (لا تعقد نفقة إلا اذا توافر لها اعتماد في الموازنة ، و لا يجوز استعمال الاعتماد لغير الغاية التي رصد من أجلها) .

ومعلوم أن الإذن بالانفاق ، لا يعني إلا فتح الاعتماد للجهات المعنية دون الارتباط بالنفقة ، لأن النفقة تعقد وفقا للقوانين واللوائح، تبعا لأصول مستقلة عن الموازنة ، فمجرد الاعتماد أو الاذن بالانفاق لا يخلق حقوقا للغير ، وانما هو شرط ضروري لتمكين الأجهزة المختصة في الدولة من أن تضع النفقة موضع التنفيذ طبقا للقوانين المعمول بها .

واذا كان الاعتماد المالي ، يعين الحد الأقصى الذي يمكن للأجهزة المعنية أن تقوم بالانفاق ضمنه ، فإن هذا المبدأ يقتضي أن تتقيد تلك الأجهزة به ولا تتجاوز الاعتمادات المخصصة لها. اضافة الى أن الاذن بالانفاق أو الاعتماد ، يمكن أن يكون شاملا للنفقات أو جزء منها ، فهو يعني في كثير من الأحيان الإذن بالارتباط بالنفقة مع الإذن بصرف جزء منها فقط ، وهذا ما يعبر عنه - اعتماد العقد واعتماد الدفع (١٠) .

---

(١٠) أنظر - د. السيد عبد المولى - المصدر السابق - ص ٥١١ ، ٥١٢ .

المطلب الثاني

مبدأ التخصيص في النفقات العامة

ومما يزيد من القيمة الدستورية لمبدأ الاعتماد المالي ، مبدأ التخصيص في النفقات العامة، الذي يشكل الخروج عليه من طرف أجهزة الدولة مخالفة مالية الى جانب الخروج على مبدأ الاعتماد المالي ، حيث جاء في نص المادة ٤٨ من القانون المتضمن وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة الجزائري (١١) ، من أنه : (.... يعاقب المجلس خاصة المخالفات المرتكبة في الحالات التالية :-

١ - الالتزام أو دفع المصاريف المحققة بتجاوز حد الترخيصات الخاصة بالميزانية أو اختراق القواعد المطبقة فيما يتعلق بالمراقبة السابقة للمصاريف العمومية .

٢ - الخصم غير القانوني للمصاريف بغرض اخفاء لما تجاوز الاعتمادات أو تغيير التخصيص الأصلي للاعتمادات أو المساهمات المصرفية المفتوحة أو المعتمدة لتحقيق الاستثمارات المنتجة ..) .

فمبدأ تخصيص النفقات العامة يعمل اذن على تقييد حرية الادارة ، فيجعلها ملزمة بصرفها في الغرض الذي رصدت من أجله دون غيره من الأغراض الأخرى ، ويمتد هذا القيد كلما توسعت الدولة في تقسيم النفقات في الميزانية العامة ، لذا تسعى كثير من الدول الليبرالية ، الى التقليل من مبدأ التقسيم في النفقات في الميزانية العامة ، لتكون الأجهزة المعنية

---

(١١) القانون رقم ٠٥ / ٨٠ المؤرخ في أول مارس ١٩٨٠ .

أكثر حرية في انفاق المبالغ المعتمدة لها ، بينما تعمل الدول ذات النظام الاشتراكي على تقييد حرية المشروعات العامة بإمعانها في أعمال هذا المبدأ القاضي بالتقسيم الدقيق للنفقات في الميزانية ، وربط اعتماد الدفع بمراحل الانتاج خطوة خطوة (١٢) .

ويرتب الفقه على مبدأ تخصيص النفقات العامة ، نتائج في غاية الأهمية والخطورة في نفس الوقت ، وهي : (١٣)

أولا : لا يحق للوزير الارتباط بنفقة لا اعتماد لها في الميزانية بمعنى أنه يمتنع عليه القيام بعمل أو اصدار قرار أو توقيع اتفاق من شأنه أن يؤدي الى ترتيب نفقات ، وبالتالي، فانه في حالة نفاذ الاعتمادات المرصدة في أحد الأبواب، يتحتم على الوزير المعني قبل الاقدام على أية نفقة جديدة أن يطلب من البرلمان اعتماد اضافي .

ثانيا : لا يجوز للوزير أن يزيد الاعتمادات المرصدة في أحد الأبواب عن طريق الاعتمادات المرصدة في باب آخر، وبعبارة أخرى ، لا يجوز نقل اعتمادات من باب الى باب الا بقانون يصدر بذلك .

ثالثا : يمتنع على الوزير استعمال الاعتماد في غير الغاية التي رصد من أجلها ، كأن يستعمل الاعتماد المفتوح للرواتب في شراء الكتب ، أو الاعتماد المفتوح للمباني في شراء السيارات .....الخ .

---

(١٢) راجع - د. حسن عواضة - المصدر السابق - ص ١٦٧ ، ١٦٨

(١٣) أنظر - د. السيد عبد المولى - المرجع السابق - ص ٥١٣ ، وكذلك د. حسن عواضة - المصدر السابق - ص ١٦٥ و ما بعدها .

راجع أيضا لكمال البرغي - اصلاح الجهاز الاداري - بحث منشور بمجلة العلوم الادارية - العدد ١ جوان ١٩٦٤ - المطبعة العالمية - القاهرة ١٩٦٤ - ص ١٤٩ ، ١٥٢ .

رابعـــا : لا يصح أن تضاف الى اعتمادات دورة مالية اعتمـادات باقيـة بدون استعمال في دورة سابقـة إلا في حالة تدوير الميزانيـة .

على أنه اذا كانت أهمية ، هذه النتائج ، تكمن في الحرص الشديـد الذي يوليه المشرع حفاظا على أموال الدولة من الضياع والتبذير، من قبـل القائمين على ادارات أجهزة الدولة ومشروعاتها ، فإن التقيد بهذه النتائج الى أبعد الحدود، وفي جميع الظروف ، قد يؤدي الى عرقلـة تنفيذ بعض المشروعات التي نفذت الاعتمادات المالية المخصصة لها ، أو عدم استعمالها كليـة . كما يؤدي الى اضعاف روح المسؤولية والمبادرة لدى القائمين على أجهـزة التنفيذ في الدولة ، ويدفعهم الى عدم الاهتمام بالأمور المستجدة في الواقع ، بحجـة عدم توفر الاعتمادات المالية المخصصة لتلك المشاريع ، وعدم امكانيـة تحويل الاعتمادات من باب الى باب آخر، فضلا عن الاضرار بالمتعامل المتعاقد مع تلك الأجهـزة .

لهذا ، فإن المشرع الجزائري ، وضع حلا وسطا لهذه المسألـة ، فهو يكرس مبـدأ تخصيص النفقات العامة (١٤) ، ولكنه يعطيه شيئا من المرونة ، وذلك باقراره امكانية تحويل النفقات أو نقلها ، بغرض تغطية نفقات المشاريـع التي نفذت الاعتمادات المخصصة لها ، أو لتمويل العقود التي أبرمـت دون أن تخصص لها اعتمادات مالية .

غير أن نقل الاعتمادات المالية المخصصة في الميزانية أو تحويلها، لا يتم إلا بموجب مراسيم تصدر من رئيس الجمهورية ، سواء تعلق الأمر بنقل اعتماد

---

(١٤) أنظر - القانون رقم ١٢/٨٠ المؤرخ في ١٩٨٠/١٢/٣١ المتضمن قانـون المالية لسنة ١٩٨١ المعدل ولا سيما المادة ١١ منـه .

مالي من ميزانيـة وزارة الى ميزانية وزارة أخرى (١٥) ، أو اقتصر الأمر على نقل اعتماد من باب الى باب آخر في نفس الوزارة (١٦) .

ومعلوم أن حصر أسلوب نقل الاعتمادات المالية في يد رئيس الجمهورية له ما يبرره ، ذلك أن نقل الاعتمادات المالية قد يؤدي الى تخصيص الموارد المالية الى أعمال أو مشاريع لا تدخل في إطار الخطة السنوية ، وبالتالي تعطيل إحدى المهام التي خصصت لها هذه المبالغ بموجب قانون المخطط الوطني .

(١٥) راجع على سبيل المثال المرسوم رقم ٣٧ / ٧٨ المؤرخ في ١١ / ٢ / ١٩٧٨ المتضمن احداث باب جديد في ميزانية وزارة الصحة العمومية ، وتعديل توزيع الاعتمادات في ميزانية الدولة .

(١٦) أنظر - المرسوم رقم ١٢٤ / ٨١ المؤرخ في ٢٠ / ٠٦ / ١٩٨١ المتضمن نقل اعتمادات في ميزانية وزارة الطاقة والصناعات البتروكمياوية .

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على مخالفة الادارة لمبدأ الاعتماد المالي

يشكل الاعتماد المالي قيدا متينا على حرية الادارة - كما سبق بيان ذلك - ومن ثم ، فانها لا تستطيع أن تقوم بابرام أي عقد إلا إذا توفر لها الاعتماد اللازم لذلك ، وتبعا ، فاذا ما أبرمت الادارة عقدا ، دون أن يتوفر لها الاعتماد المالي الخاص بموضوع العقد ، فان ذلك يعتبر خروجا على ما قررته الميزانية العامة السنوية المعتمدة من طرف البرلمان ، اضافة الى خروجها عن نطاق قانون الخطة في النظام الاشتراكي (١٧) .

وعلى الرغم من مخالفة مثل هذا العقد لما هو مقرر في الميزانية العامة ولقانون الخطة ، فانه سيولد آثارا قانونية مهمة . وقد بلورت أحكام القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر هذه الآثار مرتبة نتائج على قدر كبير من الأهمية .

وجريا وراء الاستفادة من هذه النتائج ، وابرازا لأهميتها نفرد لها المطلبين الآتيين :

---

(١٧) لمزيد من التفصيل - أنظر - د . رياض عبد عيسى الزهيري - المرجع السابق - ص ٢٥٧ وما بعدها .

المطلـــب الأول

مخالفة الادارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان العقد

ووفقا لهذا الأثر ، أو النتيجة ، فانه اذا ما تعاقدت الادارة مع أحد الأشخاص (الأشخاص العامة أو الخاصة) ولم يكن لديها اعتماد مالي ، فان العقد الذي أبرمته ، يكون صحيحا وملزما لها سواء أكان الاعتماد المالي غير موجود أصلا أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد عن المبلغ المسموح به قانونا .

وعلى هذا المبدأ يجري قضاء مجلس الدولة الفرنسي (١٨) الذي يعمل باستمرار على الغاء قرار امتناع الادارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية ، بحجة مخالفتها للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية .

الا أنه من جهة أخرى ، فان عدم وجود الاعتماد المالي يترتب عليه أثر هام من الناحية العملية في مواجهة المتعاقد مع الادارة ، بحيث لا يملك هذا الأخير ارغام الادارة على الوفاء بالتزاماتها ، الا بعد ما تتوفر لها المبالغ المالية اللازمة لذلك بالطرق المشروعة المقررة .

ويبرر الفقهاء هذا الأثر أو النتيجة التي جاء بها القضاء استنادا الى عدم امكانية المتعاقد مع الادارة ، من المعرفة السابقة لوجود الاعتمادات المالية ، ومدى احترام الادارة المتعاقدة معه للقواعد المتعلقة

---

(١٨) راجع - د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية ط ٣ - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٥ - ص ٣٢٠ .

بهذه الاعتمادات (١٩) .

فالأعمال التي يقوم بها الموظف المسؤول (من ضمنها العقود) وتتجاوز حدود صلاحياته ، كعدم التقيد بمبدأ الاعتماد المالي لا تعتبر باطلة لزاما ، بل بالعكس فهي ذات قيمة قانونية بالنسبة للأفراد حسني النية ، أي الذين ليسوا على علم سابق بالعيب الذي يشوب العقد مثلا .

ويجري القضاء المصري في أحكامه على ما استقر عليه القضاء في فرنسا ، حيث قضت المحكمة الادارية العليا ، في حكمها الصادر في ١١ فبراير ١٩٥٦ بما يلي : (٢٠) (.....فالثابت في فقه القانون الادارى ، أن العقد الذي تبرمه الادارة مع الغير، كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ، ينعقد صحيحا ومنتجا لآثاره ، حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى لو جاوزت الادارة حدود الاعتماد المالي أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الادارة ، لا تمس صحة العقد ولانفاذه ، وانما قد تستوجب المسؤولية السياسية ...)

ومسلك هذا القضاء الذي يقضي بصحة العقود التي تبرمها الادارة ولو لم تتقيد بمبدأ الاعتماد المالي يؤدي الى الاستفسار عن نوعية هذه المخالفة (عدم التقيد بمبدأ الاعتماد المالي) وعن الجزاء المقرر لها ؟ .

---

(١٩) أنظر - د. حسن عواضة - المصدر السابق - ص ٢١٦ .

(٢٠) عن د. سليمان محمد الطماوي - المصدر السابق - ص ٣٣٢ .

أولا : تحديد نوعية مخالفة مبدأ الاعتماد المالـــي :

من المعلوم ، أن المخالفات التي تـرتكب من طرف المسؤوليـــن والعاملين في أجهزة الدولة واداراتها ومؤسساتهـا ، كثيرة ومتنوعـة ، لا يمكن حصرها حصرا دقيقـا وشاملا ، يصـح معه القول ، باستحالة عـدم ظهور أي شكل من أشكالهـا .

على أن هذه الحقيقـة لا تحـول دون ايضاح ما يـدلـه كل من الفقـه والقضاء الاداري في هذا الصدد ، من حيث تقسيم المخالفات مبدئيـا الى نوعين ، ادارية وماليـة . أما المخالفات الادارية ، فهي تلك التي تتعلق بالجانـب القانوني أو التنظيمـي المحض ، ومن أمثلتها عدم أداء الواجبات الوظيفيـة كما يحددهـا القانون ـ عدم الالتزام بـواجب الطاعـة ـ عدم افشـاء أسـرار المهنـة ـ الاتيـان ببعض الأعمال التي تضع الـموظف في مركز الشبهـات ...... الخ (٢١) .

أما المخالفات المالية ، فهي تلك المخالفات التي تنطوي على عدم مراعاة القواعد والأحكام المالية المنصوص عليها في القوانين المعمول بها (٢٢) ، وبصفة عامـة يمكن اجمال هذه المخالفات في مجالات ثلاثـة :(٢٣) .

(٢١) أنظر د. السيد محمد ابراهيم ـ شرح نظام العاملين المدنيين بالدولـة ـ دار المعارف ـ الاسكندريـة ١٩٦٦ ـ ص ومـا بـعـد هـا .

(٢٢) أنظر ـ أحمد سمير أبو شادي ـ مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتهـا المحكمة الادارية العليـا ـ في عشر سنوات الدار القومية للطباعـة ـ ج ١ (١٩٥٥/١٩٦٥) ـ ص ٢٩٨ ومـا بعد هـا .

(٢٣) راجع في هذا الخصوص : مقال تحت عنوان ـ المخالفات المالية ـ من اعداد السيدين : محمد عزت السيد وغازي عمر نايف ـ منشور بمجلة الرقابة المالية التي تصدرها الأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة في الدول العربيـة ـ العدد ١ لسنـة ١٩٨٣ ـ ص ٤ و ما بعد هـا .

المجال الأول : عدم اتباع القواعد المالية وقواعد الميزانية العامة التي أعدت لتوفير نوع من الاستقرار ، بالنسبة لكل من جانبي الايرادات والنفقات العامة ..

المجال الثاني : التصرفات المالية المشوبة بعيب من العيوب، سواء ترتب على ذلك ضياع حق مالي للدولة بالفعل أو كان من شأن هذا العيب أن يؤدى الى ضياع حق مالي للدولة ولو لم يقع بالفعل .

المجال الثالث : عدم التعاون مع أجهزة الرقابة والمحاسبة أو عرقلة أعمالها (٢٤) ، باعتبار أن مثل هذا المسلك يناهض أهم الأهداف التي أنشئت من أجلها هذه الأجهزة .

وعلى هذا الأساس ، فان مخالفة مبدأ الاعتماد المالي من طرف أجهزة الدولة ، هي مخالفة مالية ، تدخل ضمن المجال الأول من المجالات السالف بيانها أعلاه ، حيث جاء في نص المادة ٤٨ من القانون المتضمن وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة من أنه :(٢٥) (....قد تتسبب من ناحية أخرى في ضرر للخزينة العمومية أو للثروة الوطنية ، وفي هذا الاطار، يعاقب المجلس خاصة المخالفات المرتكبة في الحالات الآتية :

---

(٢٤) أنظر المادة ٤٢ من القانون المتضمن وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة المشار اليه سابقا ..

(٢٥) راجع على سبيل المقارنة : المادة ٣ من قانون الجهاز المركزي للمحاسبات المصري الصادر تحت رقم ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ التي تنص على ما يلي : (يباشر الجهاز في مجال الرقابة المالية والمحاسبة الاختصاصات الآتية : = .../...

١ - التزام أو دفع المصاريف المحققة بتجاوز حد الترخيصات الخاصة بالميزانية ، أو اختراق القواعد المطبقة فيما يتعلق بالمراقبة المسبقة للمصاريف العمومية .

٢ - الخصم غير القانوني للمصاريف ، بغرض اخفاء ، إما تجاوز الاعتمادات أو تغيير التخصيص الأصلي للاعتمادات أو المساهمات المصرفية المفتوحة أو المعتمدة للاستثمارات المنتجة ...) .

ولما كانت مخالفة مبدأ الاعتماد المالي أو عدم التقيد به ، تشكل مخالفة مالية - كما تم توضيح ذلك - ، فإنه يتعين بالضرورة توضيح الجزاءات التي يرتبها القانون على الاخلال بهذا المبدأ .

ثانيا : جزاء مخالفة مبدأ الاعتماد المالي :-

لقد تضمنت النصوص الواردة في القانون المتعلق بوظيفة المراقبة لمجلس المحاسبة ، عقوبات خاصة ، يتعين تأديب مرتكبي المخالفات المالية بها وتوقيعها عليهم (٢٦) . وبما أن مخالفة مبدأ الاعتماد المالي ، تأتي على

↲ أ - مراقبة حسابات مختلف أجهزة الدولة ، من ناحيتي الايرادات والمصروفات ، عن طريق قيامه بالمراجعة والتفتيش على مستندات ودفاتر وسجلات التحصيلات والمستحقات العامة ، والمصروفات العامة ، والتثبت من أن التصرفات المالية والقيود الحسابية الخاصة بالتحصيل أو الصرف تمت بطريقة نظامية ، وفقا للوائح الحسابية والمالية المقررة وللقواعد العامة لميزانية الخدمات العامة وميزانية الأعمال ....) .

(٢٦) وهذا على خلاف قانون انشاء ديوان المحاسبة بدولة قطر ، الذي أحال في هذا الخصوص ، الى الجزاءات التأديبية ، المنصوص عليها في قانون الوظائف العامة المدنية ، بدولة قطر ، الصادر بالمرسوم بقانون رقم : ٠٩ لسنة ١٩٦٧ .
- أنظر مجلة الرقابة المالية - العدد السابق - ص ٧ و ما بعدها .

رأس قائمة المخالفات المالية التي حدد تها المادة ٤٨ الآنفة الذكـــر، فإن العون الذي لم يتقيد بمبدأ الاعتماد المالي ، يتعرض لعقوبة مالية وتأديبية، وإن اقتضى الأمر الى عقوبات جنائية .

وهو ما نصت عليه المادة ٤٧ من نفس القانون ، في فقراتها ، الثانية والسادسة والسابعة . فهي تقضي في الفقرة ٢ بأنه : (يتعرض مرتكبو أخطاء التسيير لغرامة مالية من ٦٠٠٠ د ج الى ٣٦٠٠٠ د ج) . وهذا يعني أن العون الذي يخالف مبدأ الاعتماد المالي ، يكون قد ارتكب خطأ في التسيير، ومن ثمة حق عليه العقاب المتمثل في الغرامة المالية الواردة بالنص .

أما الفقرة ٦ من نفس المادة ، فانها تبين ، بأن الحكم بدفع الغرامة المالية ، يترتب عليه تطبيق عقوبات تأديبية ، حيث جاء فيها ما يلي : (يترتب على الحكم بدفع الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من هذه المادة تطبيق العقوبات التأديبية ضد الأعوان الذين تم اثبات مسوؤلياتهم من طرف المجلس) (٢٧) .

---

(٢٧) والعقوبات التأديبية وفقا لما نص عليه المرسوم رقم ٥٩ / ٨٥ المؤرخ في ٢٣ مارس ١٩٨٥ المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والادارات العمومية . في المادة ١٢٤ منه على أنه : (تصنف العقوبات التي يمكن أن يعاقب بها الموظفون تبعا لخطورة الأخطاء المرتكبة في ثلاث درجات :

الدرجة الأولى : - الانذار الشفوي ،
- الانذار الكتابي ،
- الايقاف عن العمل من يوم الى ثلاثة (٣) أيــام .

الدرجة الثانية : - الايقاف عن العمل من أربعة (٤) أيام الى ثمانية ٨ أيام
- المشطب من جدول الترقية . = ٠٠٠/٠٠٠

فالمشرع جعل العقوبة التأديبية ، كنتيجة حتمية للعقوبة المالية ، وهذا أمر منطقي ، لأن الموظف الذي يرتكب أخطاء في التسيير ، ويعاقب من طرف المجلس بالغرامة المالية - باعتبار هذا المجلس هيئة عليا للمراقبة - يجب أن يعاقب تأديبيا من الجهة الادارية التي يعمل بها (٢٨) .

وأما الفقرة ٧ من ذات المادة ، فقد بينت ، بأنه يمكن أن تلحق بالموظف أو العون المرتكب للمخالفة المالية عقوبات جنائية ، فهي تنص : (لا تحول الغرامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية أعلاه ، دون ايقاع العقوبات المستحقة اذا اقتضى الأمر على الصعيد الجنائي) .

= الدرجة الثالثة : - النقل الاجباري ،
- التنزيل ،
- التسريح مع الاشعار المسبق والتعويضات ،
- التسريح دون الاشعار المسبق ومن غير تعويضات .

و يمكن أن تقرر القوانين الأساسية الخاصة بالمؤسسات والادارات العمومية ، زيادة على العقوبات المنصوص عليها أعلاه ، عقوبات أخرى من الدرجتين الأولى والثانية تتناسب وطبيعة العمل في المؤسسات والادارات العمومية ...) .

(٢٨) تجدر الاشارة في هذا الخصوص ، الى أنه يحق لمجلس المحاسبة ، أن يقترح جزاءات تأديبية ، ضد المتقاضين ، ويقدمها لتقدير السلطات المؤهلة للتعيين (م ٥٣ ف ٢ من القانون رقم ٨٠/٥ سالف الذكر) .

أما اذا تعلق الأمر بقيام مسؤولية أحد الوزراء ، فان المجلس باعتباره موضوع تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية ، يرفع الملف لهذا الأخير، وذلك وفقا لما جاءت به الفقرة الرابعة من نفس المادة (م ٤٧ سالفة الذكر) التي تنص على أنه : (اذا كان من المتوقع قيام مسؤولية أحد أعضاء الحكومة ، يرفع الملف لرئيس الجمهورية) (٢٩) .

والذي يفهم من هذا النص ، أن مسؤولية أعضاء الحكومة ، تقتصر على المسؤولية السياسية فحسب ، وقد تؤدي هذه المسؤولية الى سحب الثقة من عضو الحكومة المسؤول ، وقد لا تؤدي الى ذلك .

المطلب الثاني

مدى التزام الادارة بالتعاقد بعد وجود الاعتماد المالي

يقرر القضاء الفرنسي والمصري أثرا قانونيا مهما على وجود الاعتماد المالي ، وهو أن هذا الوجود لا يلزم الادارة بالتعاقد ، انطلاقا من نظرية استقلال القانون المالي عن القانون الاداري ، التي تقضي بأن فتح الاعتماد المالي ليس الا مجرد اذن غير ملزم للادارة بصرفه ، سواء كان هذا الاعتماد صادرا في صورة قانون من البرلمان أو صادرا في شكل قرار من

---

(٢٩) في حين نجد المادة ١١٢ من قانون المحاسبة اللبناني الصادر بموجب المرسوم رقم ١٤٩٩٦ المؤرخ في ٣١ / ١٢ / ١٩٦٣ تنص على أن : (الوزير مسؤول شخصيا بأمواله الخاصة عن كل نفقة يعقدها فتجاوز الاعتمادات المفتوحة لوزارته مع علمه بهذا التجاوز ....) .

مجلس من المجالس ٠ فاعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد - في الحالات التي يتعين فيها على الادارة المتعاقدة ، الحصول على هذا الاعتماد مقدما - لا يلزم الادارة بالتعاقد ، فلها أن تعدل عن التعاقد ، اذا ما وجدت المصلحة العامة تقتضي ذلك ٠

وهذه القاعدة ليست في الواقع - كما يقول - د٠ سليمان محمد الطماوي (٣٠) ، مقصورة على مجال العقود التي تجريها الادارة ، بل هي قاعدة عامة ، فوجود الاعتماد المالي في ميزانية ادارة من الادارات ، لا يعني الزامها بصرفه ، بل تحتفظ تلك الجهة - كقاعدة عامة ، ما لم يرد نص مخالف في تشريع من التشريعات - بسلطتها التقديرية في استخدام تلك الاعتمادات في الغرض الذي خصصت له ٠

وبامعان النظر في هذا النهج الذي سلكه القضاء في كل من فرنسا ومصر ، يظهر أن هذا القضاء بالغ في ترتيب النتائج المترتبة على نظرية استقلال القانون الاداري عن القانون المالي ٠

الى درجة أنه جعل الصلة بينهما منقطعة تماما ، وهذا الفصل يؤدي دون أدنى شك الى اضعاف القيمة الدستورية لمبدأ الاعتماد المالي ، وبالتالي الى اضعاف رقابة السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية ، وعلى نشاطات الحكومة بصفة عامة من جهة ، والى المماطلة والتسويف في تنفيذ المشاريع من طرف الجهات المعنية الى غاية انتهاء السنة المالية ، بحجة أن الاعتماد المالي ، لا يلزم الادارة بالصرف من جهة أخرى

---

(٣٠) أنظر مؤلفه - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٢٣ ٠

وتفسير موقف هذا القضاء ، يكمن في خلفية تاريخية ذات شقيف أولهما قانوني ، وثانيهما مالي ، فالأول يتمثل في أن السلطة هي أساس القانون الاداري ، ومن ثم فلن الادارة وهي تتمتع بقسط من هذه السلطة ، لها الحرية في استخدام الاعتماد المالي أو عدم استخدامه . والثاني ينطوي على الفكرة التقليدية القائلة : أن ميزانية الدولة لا دخل لها في الحياة الاقتصادية، وليس لها الا تأثير وحيد سيء على الحياة الاقتصادية ، ينتج عن العجز المالي في حالة وقوعه ، لهذا كان الفقهاء التقليديون ينادون - بمبدأ الجباية قدر الكفاية - أي يجب ألا تتجاوز النفقات العمومية مجموع الايرادات العمومية العادية ، بل ويفضلون الوفر المالي في الميزانية - زيادة الايرادات على النفقات - لتكون الدولة بعيدة في نظرهم عن العجز والتضخم المالي(٣١) ، وبالتالي ، فلن عدم صرف بعض النفقات المعتمدة لجهات ادارية يعتبر وفقا لهذا المبدأ القديم من قبيل الوفر المالي في الميزانية .

ومن الواضح أن هذه الخلفية التاريخية ، قد زالت نتيجة التطور الحاصل في مفهوم الدولة التي تغيرت وظيفتها خاصة بعد الحربين العالميتين، وانتشار المد الاشتراكي ، فتحولت من دولة حارسة الى دولة متدخلة في شتى المجالات ، فأصبحت هي صاحبة المشاريع الحيوية (الاقتصادية والاجتماعية والثقافية).

---

(٣١) أنظر - د. السيد عبد المولى - المصدر السابق - ص ٢١ وما بعدها
وكذلك د. حسن عواضة - المرجع السابق - ص ٣١٩ وما بعدها ، وأيضا
د. رفعت المحجوب - المالية العامة - دار النهضة العربية
القاهرة ١٩٧٥ - ص ٢١ وما بعدها .

فعند هذا التحول لم يعد القانون الاداري هو ذلك القانون الذي يقوم على نظريتي السلطة والمرفق العام التقليدي ، بل أصبح قانون اداري اقتصادي، أساسه وعلة وجوده ، هو ادارة وحماية واستثمار المال العام الذي لا مالك له الا الشعب (٣٢) ، ولم يعد - مبدأ الجباية قدر الكفاية - مقبولا هو الآخر، لأن مفهوم الميزانية تطور كذلك مع تطور مفهوم الدولة التي أصبحت تتعمد العجز المالي في ميزانياتها ، وتعمل على تغطية هذا العجز المتعمد عن طريق القروض من أجل الاستثمارات الانمائية ، الهادفة الى توفير وتلبية احتياجات المواطنين حاضرا ومستقبلا .

وعلى ذلك فان ما ذهب اليه القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر، من أن وجود الاعتماد المالي لا يلزم جهة الادارة بابرام العقد حول الموضوع الذي خصص له الاعتماد ، تأسيسا على أن فتح الاعتماد المالي ، ليس الا مجرد اذن غير ملزم بالصرف ، فان هذا الاجتهاد القضائي لا يتفق مع طبيعة الاقتصاد المخطط في الجزائر اذا أخذ على اطلاقه ، سواء كان الموضوع الذي خصص له الاعتماد المالي يستلزم اجراء عقد بين المتعاملين العموميين أو بينهم وبين الأشخاص الخاصة .

لذلك يجب التمييز على الأقل ، بين الاعتمادات المالية المخصصة لأغراض ادارية محضة ، وبين الاعتمادات التي تخصص لأعمال ومشاريع خطة التنمية في بلادنا ، ذلك أن الاتجاه الغالب يسير دائما نحو تقليص النفقات

---

(٣٢) أنظر - د. حماد محمد شطا - تطور وظيفة الدولة - الكتاب الثاني - نظرية المؤسسات العامة - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ١٩٨٣ - ص ٨ وما بعدها .

الادارية ، ومن ثم فإن جهات الادارة ، تكون غير ملزمة بانفاق جميع المبالغ المخصصة للأعمال الادارية الصرفة ، ولكن الأمر يختلف كلية بالنسبة لأعمال ومشاريع خطة التنمية والمبالغ المالية التي رصدت لأجل تنفيذها ، حيث يرد التزام قانوني بتنفيذ هذه الأعمال والمشاريع (٣٣) ، وبالتالي، فإن تحقيق هذا الالتزام بتنفيذ المخطط الوطني ، يقتضي اجراء التصرفات القانونية المناسبة التي تؤمن تحقيق تلك الأعمال والمشاريع (٣٤) . ومن هذا المنظور يصبح ابرام العقد الذي يؤمن تحقيق المخطط واجبا قانونيا على أجهزة الدولة ووحداتها . وذلك أن العقد في الدول التي تعتمد على التخطيط، يهدف الى ضمان تنفيذ المخطط ، وهو بالنسبة لها أداة تابعة، على عكس العقد

---

(٣٣) وهو ما نصت عليه المادة ٤٨ من القانون رقم ٨١/٨١ المؤرخ في ١٣ / ١٢ / ١٩٨٠ المتضمن المخطط الخماسي الجزائري ١٩٨٠ - ١٩٨٤ . التي جاء في الفقرة الثانية منها : (يتعين على جميع المؤسسات الوطنية وأعوان تنفيذ المخطط تطبيق أحكام هذا القانون ، والامتثال للتوجيهات والأهداف والبرامج والاجراءات الواردة في المخطط الخماسي . وفي هذا الصدد يلزمون :

- بانجاز الأهداف الحتمية المنوطة بهم .
- بادراج نشاطاتهم في اطار الأجهزة التأسيسية والاقتصادية والاجتماعية لتطبيق المخطط الخماسي .
- بانهاء مجموع المشاريع المسجلة في المخططات السابقة والمحتفظ بها ، في ميعاد آجال المخطط الخماسي) .

(٣٤) أنظر المادتين ١٣ ، ١٤ من نفس القانون .

في الدول الرأسمالية الذي يعتبر أداة مستقلة تماما عن البرمجة (٣٥) .

ولقد أكد المشرع الجزائري هذا الترابط والتبعية بين العقد والمخطط الوطني ، فنص في المادة ٢ من المرسوم المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي رقم ١٤٥ / ٨٢ المؤرخ في ١٠ أفريل ١٩٨٢، حيث جاء فيها : (تعد صفقة المتعامل العمومي أداة لانجاز المخطط الوطني(٣٦).

فهو بهذا النص يجعل الادارة ملزمة بصرف الاعتمادات المالية المخصصة لابرام العقود في وقتها المناسب ، خلال السنة المالية ، التي تعتبر مرحلة من مراحل تنفيذ المخطط (٣٧) .

وتماشيا مع هذا الترابط العضوي الذي يرمي الى احترام التداول الزمنية المقررة في قانون الخطة ، لادخال المشاريع التي هي في طريق الانجاز في طور الانتاج (٣٨)، أعطى المشرع الجزائري الجهات الوصية امكانية الحلول محل الأجهزة التابعة لها ، إن هي قصرت في انجازه ما كان يمكن أن تقوم بانجازه في الوقت المناسب ، فهو ينص مثلا في المادة ١٠٥ من قانون الولاية (٣٩) على أنه :(... اذا تخلف المجلس الشعبي الولائي عن اتخاذ التدابير الضرورية لاستدراك العجز، يتولى وزير الداخلية أخذ هذه

(٣٥) للتفصيل - راجع - د. صفاء الحافظ - نظرية القانون الاشتراكي وبعض تطبيقاتها التشريعية - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٧٦ - ص ٦٦.

(٣٦) أنظر أيضا المادة الأولى من نفس المرسوم .

(٣٧) أنظر على سبيل المثال المادة ٤٤ ف ٢ من المخطط الخماسي (٨٠/٨٤)

(٣٨) أنظر على سبيل المثال المادة ١٣ من قانون المخطط الخماسي (٨٠/٨٤)

(٣٩) الصادر بالأمر رقم ٦٩/٣٨ المؤرخ في ٢٣ مايو ١٩٦٩ المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم ٨١/٠٢ المؤرخ في ١٤ فيفري ١٩٨١ .

التدابير وتحديد واعطاء الاذن بازالة العجز في مدى سنتين أو أكثر) ، وفي المادة ٢٨١ من القانون البلدي (٤٠) التي تقضي بأنه : (يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي اصدار حوالات الصرف ، غير أنه اذا رفض اصدارها بخصوص نفقة اجبارية ، بعد انذاره ، للوالي أن يتخذ قرارا يقوم مقام تلك الحوالة) (٤١)

وتأسيسا على ما سبق بيانه ، نصل الى القول ، بأن مجرد فتح الاعتماد المالي المخصص لأعمال ومشاريع الخطة بموجب قانون المخطط ، يعني الزام جهات الدولة المختلفة بصرفه ، طبقا للموضوع الذي رصد له هذا الاعتماد ، ومن ثم فان ابرام العقد من قبل جهات الدولة المعنية يصبح واجبا ملحا والتزاما قويا على الصعيدين الاقتصادى والقانوني معا (٤٢) .

---

(٤٠) الصادر بالأمر رقم ٦٧/٢٤ المؤرخ في ١٨ جانفي ١٩٦٧ المعدل والمتمم بموجب القانون رقم ٨١/٠٩ الصادر في ٤ جويلية ١٩٨١ .

(٤١) يلاحظ أن جميع النفقات المدرجة ضمن المخطط الوطني ذات صفة اجبارية - أنظر المادة ٤٨ من المخطط الخماسي (٨٠ / ١٩٨٤) وقد سبقت الاشارة اليها في الهامش .

(٤٢) لمزيد من التفصيل في هذا الخصوص :

راجع د. صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦٣ - وكذلك د. رياض عبد عيسي الزهيري - المرجع السابق - ص ٣٦٤ وما بعدها . وأيضا د. علي البارودي - بحث تحت عنوان : العقد في ظل قانون الخطة منشور بمجلة مصر المعاصرة السنة ٦١ العدد ٣٤١ جويلية ١٩٧٠ مطابع الاهرام التجارية القاهرة - ص ٩٧ وما بعدها .

الفَصْل الثّاني

المُوَافقَـة السَّـابقَة عَلى التّعَاقُد

الفصل الثاني

الموافقة السابقة على التعاقد

ان ابرام العقود من قبل أجهزة الدولة، يتطلب في غالب الأحيان، - زيادة على ضرورة وجود الاعتماد المالي - أن تكون هناك موافقة سابقة على التعاقد من طرف جهات حددها المشرع (٤٣) .

وتقييد حرية تلك الأجهزة ، بهذا القيد المتمثل في الحصول على الموافقة مقدما، من الجهات المعنية ، يرمي الى التأكد من ضرورة وجدية وملاءمة العقود التي ترغب في ابرامها الأجهزة صاحبة الشأن . ومن ثم، فانه يتحتم على أية جهة تريد ابرام عقد أن تلتزم بهذا القيد حيثما اشترطه المشرع .

والموافقة السابقة على التعاقد ، تتخذ صورا متعددة، كموافقة البرلمان أو موافقة الجهات الوصية ، أو الموافقة السابقة لبعض المجالس أو اللجان . وبالنظر لأهمية هذا القيد ، لاسيما على الصعيد القانوني، فانه يبدو من الضروري توضيح صورة، وبيان القيمة القانونية له، والنتائج المترتبة على الاخلال به، في مبحثين ، نخصص الأول، لصور الاذن بالتعاقد، ونتناول في الثاني القيمة القانونية له والنتائج المترتبة على مخالفته .

---

(٤٣) أنظر - د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ٣٦٦ .
وكذلك

FRANCOIS LLORENS.
Contrat d'entreprise et marche de travaux publics.
Librairie générale de droit et de jurisprudence
R. Pichon et R. Durand - Auzias. Paris. - 1981 - P. 175.

المبحث الأول

صور الاذن بالتعاقد

سبق الذكر ، بأن الاذن بالتعاقد ، قد يأخذ شكل قانون يصدر من البرلمان ، أو شكل قرار وزاري ، أو قرار من بعض المجالس أو اللجان المختصة • وعليه سوف ندرس هذه الأشكال أو الصور في مطلبين ، يتضمن أولهما العقود التي يتوقف ابرامها على موافقة البرلمان والجهات الوصية ، ويحتوي الثاني على العقود التي يتوقف ابرامها على صدور قرار من بعض المجالس أو اللجان •

المطلب الأول

العقود التي يتوقف ابرامها على موافقة البرلمان والجهات الوصية

على الرغم من أن حرية الادارة مقيدة في مجال ابرام العقود، وخاصة في الدول التي توجد بها اجراءات محددة للتعاقد ، فان المشرع قد لا يكتفي بهذه الاجراءات ، وانما يشترط على الجهات الادارية قبل أن تبرم أي عقد أن تحصل على تصريح أو اذن بالتعاقد من جهة يحددها القانون ، وبالتالي فان الادارة لا تستطيع التعاقد دون حصولها على هذا الاذن أو التصريح •

ومن أشهر وأهم صور الاذن السابق على التعاقد ، موافقة البرلمان والجهات الوصية على بعض العقود •

أولا : العقود التي يتوقف ابرامها على موافقة البرلمان :

لا شك أن العقود التي يشترط أن يأذن البرلمان للادارة ، في ابرامها ، هي

تلك العقود التي غالبا ما تكون ذات أهمية بالغة على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي للدولة . إما لطبيعتها الخاصة ، وإما لتأثيرها على أموال الدولة ومواردها وثرواتها ، أو لاتصالها الوثيق بمصالح الأمة .

فالمشرع اذن ، لم يقيد حرية أجهزة الدولة بضرورة الحصول على هذا الاذن في مثل هذه العقود عبثا ، ولانما يهدف الى التحقق من ضرورتها وجديتها وملاءمتها ، قبل أن يأذن للادارة في الإقدام على ابرامها ، لأن ارتباط الدولة بهذه العقود ، يوقع على عاتقها التزامات ثقيلة - لاسيما في الدول التي تعتمد على التخطيط - ، لذلك يجب أن تكون مدروسة دراسة دقيقة من قبل ممثلي الشعب والحكومة معا ، حتى يتم الارتباط على الوجه المرغوب فيه .

وبالرغم من أهمية مثل هذه العقود في الحياة الاقتصادية وخطورتها في نفس الوقت ، فان دساتير كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية والجزائر (٤٤) ، لم يرد فيها نص صريح يبين العقود التي يجب أن يأذن فيها البرلمان للادارة قبل ابرامها .

في حين نجد دساتير بعض الدول الأخرى ، تضمنت النص على العقود التي تتطلب موافقة البرلمان قبل ابرامها من قبل الجهات المعنية (٤٥). فالدستور المصرى لسنة ١٩٧١ أفرد لذلك مادتين ، فهو ينص في المادة ١٢١

---

(٤٤) الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٣ ، والدستور الأمريكي لسنة ١٩٥١ والدستور الجزائرى لسنة ١٩٧٦ .

(٤٥) أنظر كذلك المادة ١٤ من الدستور السوفييتى لسنة ١٩٣٦ المعدل.

على أنه (لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزينة الدولة في فترة مقبلة ، إلا بموافقة الشعب) .
ويزيد هذه المسألة تفصيلا أكثر في المادة ١٢٣ منه ، حيث ينص على أنه :
(يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك) .

غير أنه اذا كانت بعض الدساتير لا تنص صراحة على العقود التي تتطلب إذنا من البرلمان قبل ابرامها ، فانه من جهة أخرى ، نجد بأن القوانين عادة ما تتولى هذا التحديد ، فتضع فاصلا بين ما يجب الرجوع فيه الى البرلمان من التصرفات القانونية لما لها من أهمية خاصة ، وبين ما تنفرد باجرائه السلطة التنفيذية .

لكن المشرع الجزائري ، لم يحدد العقود التي تتطلب موافقة المجلس الشعبي الوطني ، لا بنص دستوري ولا بنصوص قانونية . فالقانون رقم ٠٤ ـ ٨٠ المؤرخ في ٠١ / ٠٣ / ١٩٨٠ المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف المجلس الشعبي الوطني ، لم يحدد ما يجب الرجوع فيه الى المجلس الشعبي الوطني ، من التصرفات القانونية ، وما تنفرد باجرائه السلطة التنفيذية وانما جاءت كافة نصوصه عامة وتفيد معنى الرقابة اللاحقة لأعمال أجهزة الدولة وتصرفاتها (٤٦) فهو ينص مثلا في المادة ٧ منه على أنه :

---

(٤٦) راجع المواد : ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٦ ، ٨ من نفس القانون .

(يمكن أن تنصب مراقبة المجلس الشعبي الوطني على المؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها بصفة خاصة على ما يلي :

- سلامة العمليات المالية والحسابية وشرعيتها ....

- الظروف التي تتم فيها تلبية احتياجات الاقتصاد الوطني والمواطنين ، ولا سيما عند ما تمارس المؤسسة الاشتراكية احتكارا لحساب الدولة .

- شروط ابرام وتنفيذ الصفقات والعقود والمعاملات التجارية ...).

وعلى هذا الأساس فان مراقبة المجلس الشعبي الوطني في مجال ابرام العقود وتنفيذ ها ، تقتصر فقط على التأكد من أن ابرام وتنفيذ هذه العقود التي تجريها المؤسسات الاشتراكية ، تمت وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، وبالتالي ، فانه لا يوجد أي نص في هذا القانون يفيد معنى الموافقة السابقة للمجلس الشعبي الوطني، على العقود التي تبرمها أجهزة الدولة .

ونفس الأمر نجده في القانون رقم ٧٨ / ٠٢ المؤرخ في ١١ فيفري ١٩٧٨ المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية ، الذي ينص في المادة ٨ منه على أنه : (تطلع الحكومة المجلس الشعبي الوطني ، على ممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية في اطار عرض سنوي حول تنفيذ المخطط الوطني).

ونتيجة لما تقدم ، فان اختصاص المجلس الشعبي الوطني، في مجال الموافقة السابقة على التصرفات القانونية التي تجريها الحكومة ، يبقى محصورا في التصويت على ميزانية الدولة، واقرار المخطط

الوطني والسنوي (٤٧) ، وهو ما يفيد بأن أجهزة الدولة التنفيذية بعد حصولها على الموافقة السابقة من المجلس الشعبي الوطني ، ولا سيما فيما يخص تنفيذ المخطط السنوي ، تكون لها حرية التقدير في التصرفات القانونية الانفرادية منها والاتفاقية (العقود) ، مهما كان موضوعها وأهميتها وتأثيرها على سير الاقتصاد الوطني ، دون الرجوع الى المجلس الشعبي الوطني ، الذي لا يملك ، وفقا لما سبق ، إلا أن يقرر شرعيتها أو عدم شرعيتها في اطار الرقابة اللاحقة التي يمارسها .

لذلك كان من الأجدر بالمشرع أن يضع نصا دستوريا يبين فيه التصرفات القانونية التي يتعين عرضها على المجلس الشعبي الوطني قبل اجرائها من طرف أجهزة التنفيذ في الدولة ، كما فعل المشرع المصري(٤٨)، أو على الأقل يضمن القوانين نصوصا تحدد ما يجب الرجوع فيه للمجلس الشعبي الوطني، وما تختص باجرائه الجهات التنفيذية كما فعلت بعض التشريعات (٤٩).

ثانيا : العقود التي يتوقف ابرامها على موافقة الجهات الوصية :

ان غاية الموافقة السابقة التي تمارسها الجهات الوصية في الجزائر تهدف الى مطابقة العقود التي تبرمها أجهزة الدولة المعنية، لتوجيهات الحكومة

---

(٤٧) راجع المادة ١٥١ من الدستور الجزائري - تمت الاشارة اليها سابقا .
وكذلك المادة ٥٢ من المخطط الخماسي الثاني (١٩٨٩/٨٥) الصادر بالقانون رقم ٨٤/٢٢ المؤرخ في ٢٤ / ١٢ / ١٩٨٤ .

(٤٨) في دستور ١٩٧١ سبقت الاشارة اليه .

(٤٩) من بين التشريعات التي أخذت بهذه الطريقة - التشريع الأمريكي.

وتعليماتها وللمقاييس التي تتحكم في ابرام العقود ، والتأكد من كون العمليات التي هي موضوع هذه العقود ، تدخل فعلا في اطار البرامج والأسبقيات المرسومة لكل قطاع من قطاعات الدولة (٥٠) .

والعقود التي تحتاج الى اذن الجهات الوصية قبل ابرامها ، كثيرة ، ويرجع فيها الى كل قانون على حدة ، لكن أبرز مظهر لها يتجلى في الموافقات السابقة التي تمارسها الادارات المركزية على العقود التي تجريها المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية . لذلك سوف نكتفي بتقديم بعض الأمثلة من العقود أو التصرفات التي تتقيد فيها هذه المجموعات والمؤسسات بالحصول على الاذن أو الموافقة السابقة للجهات الادارية المركزية الوصية عليها .

I - عقود المجموعات المحلية :

لقد انتهج المشرع الجزائري سياسة اللا مركزية ، التي تعتمد على توزيع رشيد للصلاحيات والمهام ، حسب تقسيم منطقي للمسؤولية داخل اطار وحدة الدولة ،"وذلك عن طريق منح المجموعات المحلية" الوسائل البشرية والمادية والمسؤولية التي تؤهلها للقيام بنفسها بمهام تنمية المنطقة التابعة لها ، كمجهود متكامل لما تقوم به الدولة (٥١)، كي تساهم في التنمية الوطنية ، عملا بأهداف المخطط الوطني (٥٢) .

(٥٠) راجع المادة ١١٧ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليه .
(٥١) أنظر في هذا الشأن ، ما نصت عليه المادة ٣٥ من الدستور ١٩٧٦
(٥٢) راجع المادة ٢٦ من المخطط الخماسي - المشار اليه .

على أن المشرع وإن كان قد انتهج الأسلوب اللا مركزي ، فإنه لم يغفل النص على تقييد هذه المجموعات في بعض تصرفاتها القانونية التي تجريها ، حيث ألزمها بالحصول على الموافقة السابقة من الجهات الوصية عليها .

فعلى مستوى الولاية ، فانه من بين مداولات المجلس الشعبي الولائي التي لا يمكن تنفيذها الا بقرار من وزير الداخلية والمجموعات المحلية ، هي تلك المداولات التي تشتمل على : (٥٣) الميزانيات والحسابات والقروض - والمناقلات وشراء العقارات ومبادلتها - قبول الهبات والوصايا المثقلة بأعباء أو شروط خاصة .

وزيادة على ذلك ، تتقيد الولاية بصفتها هيئة اقليمية ، بالمرسوم رقم ٣٩ / ٧٦ الصادر في ٢٠ / ٢٠ / ١٩٧٦ المتضمن اعادة تنظيم الادارة المركزية لوزارة الداخلية والمجموعات المحلية ، الذي خصص مديرية عامة مكلفة بشؤون المجموعات المحلية ، مكونة من ثلاث مديريات فرعية ، كل منها ينقسم الى ثلاث مديريات فرعية أخرى (٥٤)، تهدف في مجموعها الى التنسيق برامج هذه الهيئات وتوجيهها ومراقبتها ، قبل وأثناء التنفيذ وبعده .

أما على مستوى البلدية ، فإنه من جملة مداولات المجلس الشعبي البلدي ، التي لا تصح أيضا الا بعد المصادقة عليها من السلطة العليا ، هي تلك المداولات التي تتناول المواضيع التالية :(٥٥) - نقل

(٥٣) أنظر المادة ٥٦ من قانون الولاية - سالف الذكر .

(٥٤) أنظر المادة ١٣ من نفس المرسوم .

(٥٥) راجع المادة ١٠٧ من القانون البلدى - سالف الذكر.

- نقل الملكية والامتلاك والمبادلات العقارية - القروض - قبول الهبات والوصايا المقيدة بالتزامات أو شروط أو تخصيصات لفائدة البلدية أو المؤسسات أو المصالح التابعة لها - محاضر المزايدات والمناقصات ، وبصورة أعم جميع المداولات التي تخضع لمصادقة السلطة الوصية بمقتضى التشريع الجاري به العمل .

III - عقود المؤسسات الاشتراكية

لنظام المؤسسات الاشتراكية ، فوائد جمة ، فهو يؤدي الى تخفيف الأعباء عن الأجهزة المركزية ، ويجعلها تتفرغ لتحديد المحاور الكبرى الهادفة الى تحقيق التنمية المنسجمة ، ويخلق نوعا من المرونة والملاءمة في ادارة الأنشطة التي تقوم بها الدولة - خاصة في الدول التي تعتمد على التخطيط العلمي - فضلا عن أن هذا النظام يمكن الادارة المركزية من الامساك بزمام الأمور بفضل جهاتها الوصية التي تملك في مواجهة المؤسسات الاشتراكية ، حق التنسيق فيما بينها وتوجيهها ومراقبتها .

ولقد تجلت هذه الحقائق في نصوص الميثاق الوطني الجزائري الصادر تحت رقم ٧٦/٥٧ المؤرخ في ٠٥ / ٠٦ / ١٩٧٦ ، حيث جاء فيه :
(... ان المؤسسة الاشتراكية باعتبارها وحدة تابعة لملكية الدولة التي تشرف عليها مباشرة ، هي الأداة الأكثر ملاءمة لتجسيد أهداف الثورة في مجال تحقيق اشتراكية وسائل الانتاج ...) (٥٦) .

---

(٥٦) راجع الباب الثالث - المتضمن المحاور الكبرى لبناء الاشتراكية - تحت عنوان - ملكية الدولة .

وجاء فيه أيضا : (.... إن المؤسسة ذات الطابع الوطني تخضع للسلطة المباشرة للحكومة بواسطة الوزارة الوصية ، كما تتولى الولاية الوصاية على المؤسسات الولائية ، والمجلس الشعبي البلدي الوصاية على المؤسسات البلدية . وتمارس أنشطة كل أنواع المؤسسات حسب طبيعتها في اطار قواعد مضبوطة من طرف الحكومة وفقا للصلاحيات المعطاة لمختلف الدوائر الوزارية) (٥٧) .

وعلى هذا الأساس يكون المشرع قد وضع قاعدة صلبة في أساسها مرنة في تطبيقها ، حيث أنه على الرغم مما تتمتع به المؤسسة الاشتراكية من بعض الاستقلال الذاتي (٥٨) ، فانها ترتبط برابطة التبعية للجهات الوصية ، وتتجلى هذه التبعية فيما تفرضه القوانين من رقابة سابقة أو لاحقة على التصرفات القانونية التي تقوم بها تلك المؤسسات . وتعتبر الموافقة السابقة على ابرام العقود إحدى أدوات الرقابة السابقة على هذه المؤسسات .

ومن بين القوانين التي تفرض على المؤسسات الاشتراكية التقييد بالحصول على الموافقة السابقة من الجهات الوصية قبل ابرام بعض العقود

---

(٥٧) نفس الباب متن المرجع ٥٦ - تحت عنوان - اخضاع تسيير المؤسسات الاشتراكية أكثر فأكثر لمقاييس الفاعلية الاقتصادية .

(٥٨) أنظر المادة ٤ من الأمر رقم ٧٤ / ٧١ المؤرخ في ١٦ نوفمبر ١٩٧١ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات ، التي تنص على :(إن المؤسسة الاشتراكية هي شخصية معنوية ، لها الشخصية المدنية والاستقلال المالي ، وتتضمن وحدة أو عدة وحدات) .

القانون المتضمن إحداث الشركة الوطنية للأشغال البحرية(٥٩) الذي يخول لوزير الأشغال العمومية والبناء سلطة توجيه ومراقبة نشاط الشركة ، حيث يتولى الترخيص للشركة بإبرام عقود القروض المتوسطة والطويلة الأجل ، وقبول الهبات والوصايا ، والصادقة على مشاريع لإقتناء أو بيع العقارات اللازمة للنشاط ، وعلى التقرير السنوى (٦٠) .

والقانون رقم ٠٣ / ٨٢ المؤرخ في ٣١ / ٠٨ / ١٩٨٢ المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها ، الذي يفرض على المؤسسات الاشتراكية التي ترغب في ابرام بروتوكولات لإتفاق مع طرف أو عدة أطراف أجنبية في اطار غرضها ، أن تحصل على الموافقة السابقة من الجهات الوصية(٦١) . وزيادة على ذلك ، فان المشرع جعل بروتوكول الاتفاق الموقع قانونا من قبل كل من الطرفين ، ليس له أية قيمة قانونية ، إلا بعد الموافقة عليه بموجب قرار وزاري مشترك بين كل من وزير المالية والتخطيط والتهيئة العمرانية والوزير الوصي على المؤسسة الاشتراكية المساهمة (٦٢)

---

(٥٩) صدر هذا القانون بموجب الأمر رقم ٧٠/٧٤ المؤرخ في ١٩٧٠/٠٦/١٢ المعدل بـ بموجب الأمر رقم ١٨ / ٧٣ المؤرخ في ٠٣/ ٠٤ / ١٩٧٣ .

(٦٠) أنظر المادة ٧ من نفس الأمر . وكذلك المادة ٧ من المرسوم رقم٧٤/١٨٣ المؤرخ في ٠٢ / ٠٩ / ١٩٧٤ المتضمن إحداث المؤسسة للبناء والأشغال العمومية للمدية وتحديد قانونها الأساسي ، والمادة السابعة (٧) كذلك من المرسوم رقم ١٨١ / ٧٤ المؤرخ في ٠٢ / ٠٩ / ١٩٧٤ المتضمن احداث المؤسسة العمومية بعنابة وتحديد قانونها الأساسي .

(٦١) المادة ٦ من نفس القانون

(٦٢) المادة ١٠ " " "

فالمشرع في مثل هذه العقود لم يكتف بالموافقة السابقة للجهات الوصية على المؤسسات ، حيث جعل هذه الموافقة مقتصرة فقط على اعطاء المؤسسة المعنية الحق في التوقيع على بروتوكول الاتفاق ، الذي لا يكون له أي أثر قانوني ، اذ لا بعد الموافقة السابقة عليه بموجب القرار المشترك، الذي يعد بمثابة اعتماد مسبق لشركة الاقتصاد المختلط .

وفضلا عن كل ذلك ، فان المشرع أخضع الشركات المختلطة الاقتصاد بمجرد اعتماد ها الى القواعد والأحكام المطبقة على المتعاملين العموميين، في مجال ابرام العقود والصفقات (٦٣)، ومن ثمة فان العقود التي تجريها هذه الشركات تكون خاضعة لموافقة الجهات الوصية في الحالات التي يشترط فيها المشرع ذلك .

وعلى هذا الأساس فان المؤسسات الاشتراكية - رغم تمتعها بقدر من الاستقلال الذاتي - تكون مقيدة في ابرام بعض تصرفاتها القانونية بالحصول على الاذن أو الموافقة السابقة من الجهات الوصية ، ومن ثمة فانه اذا ما أرادت هذه المؤسسات ابرام عقد من العقود التي يشترط المشرع لابرامها حصول الموافقة السابقة من الجهات الوصية بشأنها ، يصبح من المتعين عليها لزاما قبل الاقدام على ابرام مثل هذه العقود استحصال اذن الجهات الوصية التي تتبعها .

---

(٦٣) المادة ١٨ من نفس القانون .

المطلب الثاني

العقود التي يتوقف ابرامها على صدور قرارات من بعض المجالس أو اللجان

وتتمثل هذه الصورة في القرارات التي تتخذ من مجالس المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية ولجان الصفقات العمومية، وذلك نظرا لما تتمتع به هذه الهيئات من كفاءة في اتخاذ الاجراءات الهادفة الى تحقيق الأغراض الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي انيطت بها من قبل المشرع .

فمجالس المجموعات المحلية ، هي أقدر من غيرها على تلبية الاحتياجات العامة ، بحكم قربها من المواطنين ، ومعايشتها لحياتهم اليومية ، وبالتالي فهي تشكل القاعدة النموذجية للهيكل الاداري والاقتصادي في الدولة (٦٤) . وتعتبر نقطة الاتجاه للمقتضات المحلية ومكان الالتقاء والتنسيق للمصالح المحلية والمستلزمات الحتمية الوطنية (٦٥) .

أما مجالس المؤسسات الاشتراكية ، فانها هي الأخرى ذات أهمية ، حيث توفر قدرا كبيرا من الضمان في ادارة المؤسسة وتصريف لشؤونها،

---

(٦٤) أنظر القانون البلدى - سالف الذكر - في بيان الأسباب - تحت عنوان - التأسيس البلدى الجديد .

(٦٥) راجع ميثاق الولاية المصادق عليه من طرف مجلس الثورة والحكومة في ٢٦ مارس ١٩٦٩، تحت عنوان - المبادئ الأساسية وأهدافها .

بفضل ما يتمتع به أعضاء هذه المجالس من خبرة ودراية في المجالات القانونية والاقتصادية والفنية ، علاوة على تخصص هذه الموسسات في نشاط معين، الأمر الذي يجعل مجالسها أقدر على أداء مهامها على الوجه الأكمل(٦٦).

وأما لجان الصفقات ، فتبدو أهميتها ، التي لا يمكن اغفالها أيضا ، في احتوائها على أشخاص من أهل الخبرة والمعرفة في مجال ابرام العقود من جهة ، وفيما تقوم به هذه اللجان من عمل سواء على المستوى الوطني أو على مستوى كل الهيئات والادارات والموسسات العمومية من جهة ثانية .

فاللجنة الوطنية للصفقات ، تساهم في برمجة الطلبات العمومية وتوجيهها طبقا للسياسة التي تحدد ها الحكومة ، وتراقب شرعية ابرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية ، وتبث في الصفقات ذات المبالغ المالية الضخمة (٦٧) .

أما لجان الصفقات التابعة للهيئات والادارات والموسسات العمومية ، فهي تقوم بالدراسة والفحص الدقيق في مجال برمجة الصفقات والجداول التقديرية وبرامج العمل السنوية والمتعددة السنوات الخاصة بحاجيات الجهات التي أنشئت لديها (٦٨) .

وبصفة عامة ، فإن مايزيد من قيمة وأهمية هذه المجالس واللجان ، هو أن قراراتها ملزمة للهيئات التنفيذية ، حيث تلتزم هذه الأخيرة ،

---

(٦٦) راجع - د. الطماوي - مبادئ القانون الاداري - الكتاب الثاني - نظرية المرفق العام وعمال الادارة العامة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٣ - ص ٦٧ ، ٦٨
وكذلك FRANCOIS LLORENS المرجع السابق - ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

(٦٧) أنظر المادتين ١٣٥ ، ١٣٨ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - السابق الاشارة اليه .

(٦٨) راجع المادة ١١٩ من نفس المرسوم .

بأن تعمل على تنفيذ ها كما جاءت ، دون أن تستطيع التعديل فيها زيادة أو نقصانا .

ولمزيد من التوضيح حول أهمية هذا القيد المتمثل في ضرورة صدور قرارات من هذه المجالس أو اللجان ، قبل إقدام الهيئات التنفيذية على التعاقد ، نقسم دراسة هذا المطلب الى النقاط الآتية : -

أولا : قرارات المجموعات المحلية

ثانيا : قرارات المؤسسات الاشتراكية

ثالثا : قرارات لجان الصفقات .

أولا : قرارات مجالس المجموعات المحلية :

تتمتع المجموعات المحلية - الولاية والبلدية - بالشخصية المعنوية وتمثلها هيئتان : مجلس منتخب ، وعضو للتنفيذ (٦٩)، ولقد أورد المشرع اختصاصات هذه الهيئات على أنها اختصاصات المجالس، في المواد من ٦٣ الى ١٣٦ من الأمر المتضمن قانون الولاية - سابق الذكر - والمواد من ١٠٠ الى ١٠٩ ، ومن ١٣٥ الى ١٧٠ من الأمر المتضمن قانون البلدية سالف الذكر .

ففيما يخص الولاية ، فإن المجلس الشعبي الولائي ، هو الذي يتولى ضبط شؤونها عن طريق المداولات (٧٠) التي ينفذ ها المجلس التنفيذي ، تحت

---

(٦٩) أنظر حسين مصطفى حسين - الادارة المحلية - ط ٢ - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٢ - ص١٤٠ وما بعدها .

(٧٠) راجع المادة ٦٣ من قانون الولاية - سبقت الاشارة اليه .

سلطة الوالي بوصفه الممثل القانوني للولاية (٧١) .

ولكي يتمكن الوالي باعتباره رئيس المجلس التنفيذي، من تنفيذ مداولات المجلس الشعبي الولائي ، ويضعها موضوع التطبيق ، فإنه يوقع الاتفاقات والعقود والصفقات المبرمة باسم الولاية، كما يوقع على عقود البيع والشراء والمبادلة والايجار المتعلقة بأملاك الولاية (٧٢).

أما بالنسبة للبلدية ، فإن المجلس الشعبي البلدي كذلك، هو الذي يفصل في قضايا البلدية بالقرارات التي يتخذها بعد تنفيذ المداولة (٧٣) ويقوم على وجه الخصوص رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو عضو الهيئة التنفيذية الذي ينوب عنه، بتنفيذ مداولات أو مقررات المجلس ، باسم البلدية ولحسابها ، عن طريق ، تسيير ايرادات البلدية، والاذن بالاتفاق والاشراف على المحاسبة البلدية، وابرام عقود الامتلاك والمصالحة ، وقبول الهبات والوصايا ، وابرام المناقصات والمزايدات الخاصة بالأشغال البلدية والاشراف على تنفيذها ، وابرام عقود الايجار.....الخ (٧٤) .

وترتيبا على ما سبق ، فإن الهيئات التنفيذية لا تستطيع ابرام أي عقد من العقود ، إلا بعد صدور قرارات بشأنها من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص ، وهي المجالس المنتخبة في كل من الولاية

---

(٧١) أنظر المادة ٤٩ من قانون الولاية - سبقت اليه الاشارة .
(٧٢) أنظر المادة ٥٠ من نفس القانون .
(٧٣) أنظر المادتين : ١٠٠ ، ١٢٩ من القانون البلدي - سالف الاشارة .
(٧٤) أنظر المادة ٢٢٦ من نفس القانون .

والبلدية ، ومن ثمة ، فان توقيع عضو الهيئة التنفيذية على العقود المبرمة باسم الولاية أو البلدية ، ليس إلا تنفيذا للقرارات الصادرة عن المجالس صاحبة الاختصاص ، والقاضية بابرام هذا العقد أو ذلك(٧٥).

ثانيا : قرارات مجالس مديريات المؤسسات الاشتراكية :

لقد سلك المشرع نفس الاتجاه الذي أخذ به فيما يخص المجموعات المحلية ، فقرر بأن يتولى ادارة المؤسسة الاشتراكية جهتان : ـ الأولى تتمثل في مجلس مديرية المؤسسة (مجلس الادارة) ، وهو السلطة العليا المهيمنة على شؤون المؤسسة وتصريف أمورها ، واقتراح السياسة العامة التي تسير عليها . لهذا فان للمجلس أن يتخذ ما يراه من القرارات ، لتحقيق الغرض الذي قامت من أجله المؤسسة وفقا لأحكام القانون ، وفي الحدود التي بينها قانون أو مرسوم انشائها(٧٦).

والثانية ، هي المدير العام للمؤسسة ، الذي هو عضو التنفيذ ، المكلف بتنفيذ القرارات التي يتخذها مجلس المديرية ، فهو يمثل

---

(٧٥) المزيد من التفصيل ـ راجع ـ د. الطماوي ـ الأسس العامة للعقود الادارية المصدر السابق ـ ص ١٣٩ .

(٧٦) أنظر المواد : من ٤ الى ١٨ من المرسوم رقم ١٤٥/ ٧٥ المؤرخ في ٢١ / ١١ / ١٩٧٥ المتعلق بمجالس مديريات المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي. وكذلك المادة ٥٦ من الأمر رقم ٧١/٧٤ المؤرخ في ١٦ / ١١ / ١٩٧١ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات .

الموءسسة في صلا تها بالهيئات والأشخاص الأخرى ، وأمام القضاء، ويوقع على العقود المبرمة باسم الموءسسة ولحاسبها (٧٧) •

و على ضوء ما تقدم ، فان مجالس مديريات الموءسسات الاشتراكية، هي المختصة بتقرير العقود الواجب ابرامها ، لانجاز مخطط الموءسسة وبرنامج نشاطها العام ، ويختص المدير العام للموءسسة بابرام هذه العقود والتوقيع عليها والاشراف على حسن تنفيذ ها ، وذلك تطبيقا للقرارات الصادرة من مجالس مديريات الموءسسات الاشتراكية في هذا الخصوص (٧٨)•

ثالثا : قرارات لجان الصفقات

من المعلوم ، أن لجان الصفقات ، هي من الهيئات التي تمارس الرقابة الخارجية ، على الصفقات التي تبرمها أجهزة الدولة ، بهدف التحقق من أن التزام هذه الأجهزة الناتج عن هذه الصفقات - يطابق العمل المبرمج بكيفية نظامية ، وذلك قبل الشروع في تنفيذ ها (٧٩) •

ولكي توءدي هذه اللجان وظيفتها في مجال الرقابة السابقة على التنفيذ ، بكيفية مضبوطة وكاملة ، ألزم المشرع الجهة المتعاقدة بأن تبلغ أعضاء لجنة الصفقات ، مذكرة تحليلية تحمل العناصر الأساسية عن كل صفقة

(٧٧) أنظر المادة ١٥ من المرسوم رقم ٧٤/١٨١ الموءرخ في ٠٢ / ٠٩ / ١٩٧٤ المتضمن احداث الموءسسة العمومية للبناء والأشغال العمومية - بعنابة ، وتحديد قانونها الأساسي • وكذلك المادة ١٥ من المرسوم رقم ١٨٣ / ٧٤ الموءرخ في ١٩٧٤/٠٩/٠٢ المتضمن احداث موءسسة البناء والأشغال العمومية للمدية - سالف الذكر •

(٧٨) أنظر المرسوم المتعلق بمجالس مديريات الموءسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي

(٧٩) راجع المادتين: ١١٥، ١١٦ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي = ../..

في أجل أقصاه ١٠ أيام قبل انعقاد اجتماع اللجنة(٨٠) ، باعتبار أن لجان الصفقات هي المركز الوحيد لاتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الداخلة في اختصاصها (٨١) .

وقرار لجان الصفقات ، في حالة الموافقة ، يكون في شكل تأشيرة اجمالية ، معفاة من أية شكلية أخرى لابرام الصفقة ، أما في حالة الرفض ، فان القرار ، يجب أن يكون مسببا (٨٢)، ومن بين أسباب الرفض وأهمها ، كل مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما التي تعاينها اللجنة .

ومع أن لجان الصفقات لها السلطة التقديرية في منح التأشيرة أو رفضها ، فان ما يميز قراراتها عن قرارات مجالس المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية ، هو أن قرارات هذه اللجان القاضية برفض التأشيرة، تنقسم من حيث قوتها الالزامية ، الى قرارات لا يمكن تجاوزها اطلاقا ، وقرارات يمكن تجاوزها بصفة استثنائية ، وقرارات يمكن تجاوزها كلما توافرت الأسباب المبررة لذلك .

فالقرارات التي لا يمكن تجاوزها اطلاقا ، من قبل الجهة التي ترغب في التعاقد ، هي تلك القرارات التي تصدرها اللجنة في حالة رفض التأشيرة المسبب بعدم مطابقة الصفقة للأحكام التشريعية . أما القرارات التي لا يمكن تجاوزها الا بصفة استثنائية ، فهي تلك القرارات التي تقضي

= يبرمها المتعامل العمومي - وقد سبقت الاشارة اليه .

(٨٠) أنظر المادة ١٥٣ من نفس المرسوم .

(٨١) أنظر المادة ١٥٠ من ذات المرسوم .

(٨٢) راجع المادة ١٥١ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليه .

برفض التأشيرة المسبب بعدم مطابقة الصفقة للأحكام التنظيمية. وفي هذه الحالة، يجب أن يبلغ قرار الاعتراض من الجهة المعنية بالتعاقد، على قرار اللجنة القاضي برفض التأشيرة في غضون ١٥ يوما الموالية لاتخاذ القرار، فإن لم يبلغ الاعتراض خلال هذه المهلة، أصبح قرار اللجنة المتضمن رفض التأشيرة نهائيا وغير قابل للتجاوز (٨٣).

وأما القرارات التي يمكن تجاوزها كلما توافرت الأسباب المبررة لذلك، فهي القرارات التي تتضمن رفض التأشيرة لأسباب أخرى غير أسباب عدم المطابقة للأحكام التشريعية والتنظيمية. على أن تجاوزها، يجب أن يكون بقرارات مسببة، من الوزير المعني أو الوالي المختص أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، كل في حدود اختصاصه، وذلك بناء على تقرير يقدم من الجهة المتعاقدة، على أن تسلم، نسخة من قرار التجاوز في جميع الحالات، للجنة الوطنية للصفقات، والى اللجنة مصدر القرار المتجاوز، والى مجلس المحاسبة (٨٤).

ولكن اذا كان القرار المتضمن رفض التأشيرة صادرا عن اللجنة الوطنية للصفقات، فانه لا يمكن تجاوزه إلا بقرار مسبب يتخذ بالاشتراك بين الوزير المعني ووزراء التجارة والمالية والتخطيط والتهيئة العمرانية، وفي هذه الحالة أيضا، يجب أن ترسل نسخة الى مجلس المحاسبة (٨٥).

---

(٨٣) أنظر المادة ١٥٩ من نفس المرسوم

(٨٤) أنظر المادة ١٥٧ من المرسوم المنظم للصفقات المبرمة من طرف المتعامل العمومي - سالف الذكر.

(٨٥) و راجع المادة ١٥٨ من نفس المرسوم.

والخلاصة ، أنه على الرغم من أن قرارات لجان الصفقات القاضية برفض التأشيرة ، يمكن تجاوز بعضها - وهذا على خلاف قرارات المجالس المختصة بالتعاقد - فإنها تشكل قيدا سابقا على حرية الجهة التي تنوي التعاقد ، بحيث تمنعها من إبرام صفقات لا تتماشى مع توجيهات الحكومة وتعليماتها ، أو تتنافى مع المقاييس التي تتحكم في إبرام الصفقات ، أو لا تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع ضمن المخطط الوطني ، أو تكون مخالفة لمبدأ الشرعية (٨٦) .

---

(٨٦) أنظر المواد : ١١٥ ، ١١٦ ، ١٣٥ من نفس المرسوم .

المبحث الثاني

قيمة و نتائج الموافقة السابقة على التعاقد

ان حرية الادارة المتعاقدة مقيدة - كقاعدة عامة في مجال ابرام العقود ، وخاصة في الدول التي توجد بها اجراءات محددة للتعاقد ، بحيث يتعين على الجهات التي ترغب في التعاقد ، اتباع هذه الاجراءات الزاميا (٨٧) ، ومع ذلك فان المشرع قد لا يكتفي بهذه الاجراءات المقيدة لحرية الجهات المعنية بالتعاقد في كثير من العقود، بل يشترط عليها قبل تعاقد ما ، أن تحصل على اذن أو تصريح بالتعاقد من جهة أخرى يحدد ها القانون ، أو يشترط صدور قرار من بعض المجالس أو اللجان (٨٨) . ومن ثمة فان الادارة أو العضو التنفيذي لا يمكنهما التعاقد نهائيا دون الحصول على هذا الاذن أو التصريح بالتعاقد، أو دون صدور قرار من المجالس أو اللجان المذكورة ، باعتبارها الجهة المختصة باتخاذ هذه الخطوة .

---

(٨٧) من بين الدول التي توجد بها اجراءات للتعاقد - بلجيكا - الشيلي - اسبانيا - الهندراس - النرويج . هذا فضلا عن أن هذه الاجراءات والقيود تكون أكثر تعددا ودقة في الدول ذات النظام الاشتراكي الذي يخضع فيه كل شيء لمبدأ التخطيط - أنظر - د. صفاء الحافظ المصدر السابق - ص ٦٢ ، ٦٣ .

(٨٨) راجع ص ٣٠ و ما بعد ما من هذه الرسالة .

وعليه يكون من الضروري ، بيان القيمة القانونية للموافقة السابقة أو صدور قرار قبل التعاقد ، والنتائج المترتبة على مخالفة ذلك في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

القيمة القانونية للموافقة السابقة أو صدور قرار قبل التعاقد

تبين من الدراسة في الفصل السابق من هذا الباب ، بأن قيد الاعتماد المالي لا يعد شرطا ضروريا لصحة وسلامة التعاقد، وأن العقد الذي يبرم دون التقيد بمبدأ الاعتماد المالي ، يكون صحيحا ومنتجا لآثاره ، وكل ما هنالك ، أن تنفيذ هذا العقد ، يبقى موقوفا الى غاية حصول الادارة المتعاقدة على المبالغ اللازمة لتنفيذه. فهل ينطبق نفس الحكم على العقود التي يشترط فيها المشرع حصول الموافقة السابقة أو صدور قرار بشأنها قبل إبرامها ؟ ذلك ما سوف يتضح من خلال الفقرتين المواليتين : -

أولا : القيمة القانونية للموافقة السابقة على التعاقد :

إن المسلم به في فقه وقضاء القانون الاداري في كل من فرنسا ومصر ، هو أن القواعد الخاصة بضرورة الموافقة السابقة على التعاقد، هي قواعد متعلقة بالنظام العام ، لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا ، ومن ثمة لا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة

لحماية ناقص الأهلية في القانون الخاص (٨٩) ، وعلى هذا الاعتبار، فإن قيد الحصول على الاذن أو التصريح بالتعاقد ، حيثما اشترطه المشرع يكون عنصرا ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية . وذلك تأسيسا على أن ارادة التعاقد لدى الجهات الادارية تتكون من عنصرين أساسيين هما : الاذن بالتعاقد وتوقيع العقد (٩٠) . ومن ثمة فإن تعاقد الادارة دون حصولها على الاذن بالتعاقد يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

ومن بين ما أفتى به قسم الرأي لمجلس الدولة المصري في هذا الشأن ، الفتوى المؤرخة في ٢٢ / ٠٩ / ١٩٥٤ ، الخاصة بضرورة الموافقة السابقة للبرلمان على العقود التي تتضمن تبرعا من جانب الدولة حيث يقول : (٩١) (.... اذا كانت السلطة التشريعية وهي مستقلة عن السلطة التنفيذية ، لم تعبر عن ارادتها ، فإن ارادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون متعدمة إطلاقا ، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن ارادة الدولة

---

(٨٩) (1) Voir : Mohamed Kobtan. Le Régime juridique des Contrats du Secteur Public. O.P.U. Alger 1984 . p. 42 .

وكذلك : د. طعيمة الجرف - القانون الاداري - دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٨٥ - ص ٢١٦ .

(٩٠) أنظر - د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الادارى في ظل الاتجاهات الحديثة - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٥ - ص ٧٨٤ .

(٩١) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٢٦ .

في عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية بعدم ارادة الدولة) .

ويؤكد قسم الرأي في فتوى أخرى ، بعد ما شرح تفصيلا أهمية الاذن بالتعاقد ، وبيان أسبابه الجوهرية التي تجعله عنصرا ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية ، بأن العقد الذي تجريه الادارة دون الحصول على الموافقة السابقة يكون منعدما من الناحية القانونية وما يترتب عليه من آثار ، بقوله :(٩٢) (.... وحتى انعدمت الارادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له في نظر القانون ، وانما هو واقعة مادية بحتة ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب عليه من آثار...).

ومعلوم أن الترخيص أو الاذن الذي يصدره البرلمان ، بشأن ابرام بعض العقود ، وان كان يصدر في شكل قانون ، الا أنه وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء الاداري ، أن هذا الترخيص لا يعتبر قانونا من الناحية الموضوعية ، بحيث لا يتضمن أي قواعد عامة مجردة ، وانما هو نوع من رقابة السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية ، لما لهذه الأعمال من أهمية خاصة ، ولذلك فان أثر هذا القانون يقف عند حد موضوع التصرف القانوني الذي صدر بشأنه (٩٣) .

(٩٢) عن د.الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٢٦ .

(٩٣) وهو ما أعلنته الجمعية العمومية في الفتوى المؤرخة في ٢٦/٠٥/١٩٦٠

راجع: أحمد سمير أبو شادي - مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع لمجلس الدولة ج III الدار القومية للطباعة - ١٩٩٧ ، ١٩٩٨ .

وتجدر الملاحظة في الأخير الى أن الفقه والقضاء مستقر على تطبيق ذات الحكم فيما يخص موافقة الجهات الوصية ، حيثما اشترطها المشرع ، فهو يقرر بطلان العقد الذي لم يستوف هذا الاجراء حيث جاء في حكم محكمة القضاء الاداري السورية المؤرخ في ١٥ / ٠١ / ١٩٧٠ ما يلي (٩٤) : (ومن حيث أنه من الثابت من الملف أن العقد الموقع بين الادارة والمتعهد بقي بصفة مشروع عقد ، فلم يصدق (٩٥) من وزير المواصلات ولا من اللجنة المختصة في مجلس الدولة أو الهيئة المختصة في ديوان المحاسبات ، فان العقد مفقودة أركانه ، وهو غير قائم)(٩٦)

ثانيا : القيمة القانونية لقرارات المجالس واللجان السابقة على التعاقد

سبق أن ذكرنا ، بأن المشرع أورد اختصاصات المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية ، على أنها اختصاصات المجالس ، وعرفنا كذلك بأن لجان الصفقات هي المركز الوحيد لاتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الداخلة في اختصاصها . الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن الطبيعة القانونية لقرارات هذه المجالس واللجان .

---

(٩٤) عن مجلة : المحامون - العدد ١ ، ٢ لسنة ١٩٧٠ - ص ٦٨ اجتهاد .

(٩٥) على الرغم من أن كلمة - يصدق - الواردة في نص الحكم ، توحي لأول مرة بأنها تعني الموافقة اللاحقة ، فان مضمون عبارات النص في مجملها تفيد معنى الموافقة السابقة على ابرام العقد .

(٩٦) راجع كذلك حكم المحكمة الادارية العليا السورية المؤرخ في ٣٠ /٠٦/ ١٩٨٠ الذي تؤكد فيه نفس الاتجاه - منشور بمجلة : المحامون العدد ٤ لسنة ١٩٨٠ - ص ٤٢٩ قضاء المحاكم .

I - القيمة القانونية لقرارات المجالس السابقة على التعاقد:

اذا كان المشرع قد أورد اختصاصات المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية ، على أنها اختصاصات المجالس ، فان هذا يعني بالضرورة أنه في حالة ابرام هذه الجهات لعقد من العقود ، فان العقد المراد ابرامه يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة اصدار قرار من المجلس باعتباره الجهة المختصة باتخاذ هذه الخطوة ، والمرحلة الثانية تنحصر في ابرام العقد من قبل الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المدير العام للمؤسسة الاشتراكية بصفة هؤلاء الأعضاء المنفذين لقرارات المجالس .

وكما هو واضح ، فان قرار المجلس بالتعاقد هو شرط ضروري وجوهري لوجود العقد أولا ولصحته وسلامته ثانيا . ومن ثمة فانه اذا ما تعاقد عضو التنفيذ بدون قرار سابق من المجلس ، فان عمله يغدو مجردا من كل قيمة قانونية ويظل كذلك حتى لو اعتمدته جهة الوصاية (٩٧).

و من المتفق عليه ، أن تخلى المجالس المختصة ، أن تصدر قراراتها بنفسها ، فلا تستطيع أن تفوض في اختصاصاتها المتعلقة بالتعاقد الا اذا سمح لها المشرع بذلك صراحة ، وهذا الأمر هو محض تطبيق للقواعد العامة المقررة لمزاولة الاختصاصات الادارية (٩٨) .

---

(٩٧) أنظر في هذا الخصوص - د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٤١ .

(٩٨) أنظر - د. فؤاد مهنا المصدر السابق - ص ٧٦٣ ، ٧٦٤ .

على أن مجرد صدور القرار من المجلس بالتعاقد ، وحتى لو صادقت عليه جهة الوصاية ، لا يؤدي الى قيام الرابطة التعاقدية ، ذلك أن المسلم به أن تلك الرابطة لا تتم إلا بعد أن يتولى عضو التنفيذ توقيع العقد، الأمر الذي تترتب عليه نتيجة هامة ، وهي أن المجلس يستطيع أ ن يسحب قراره الصادر بالتعاقد حتى اللحظة التي يوقع فيها عضو التنفيذ على العقد (٩٩) .

ولما كان قرار المجلس بالتعاقد ، يجعل عضوا لتنفيذ ملزما باتخاذ الاجراءات اللازمة لاتمام الرابطة التعاقدية ، فانه اذا نكل عن اتمام هذه الخطوة أو تقاعد ، فان جهة الوصاية تستطيع أن تتدخل، وأن تستعمل سلطتها لاجباره على تنفيذ قرار المجلس أو تحل محله في اتخاذ هذه الاجراءات اذا كان المشرع يخولها امكانية الحلول.

وعلاوة على ما تقدم ، فان قرار المجلس ليس ملزما لعضو التنفيذ بالتعاقد بصفة عامة فحسب ، بل أن عضو التنفيذ ملزما أيضا بأ ن يتقيد ويحترم كافة الشروط والأوضاع المحددة في قرار المجلس، ومن ثمه فانه لا يستطيع أن يدخل أي تعديل على الشروط التي يقررها زيادة أو نقصانا ، ولكن المجلس في هذه الحالة يستطيع أن يفوض عضو التنفيذ في الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية قبل ابرام العقد (١٠٠) .

(٩٩،١٠٠) انظر د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٤٣ .

وأخيرا فإن عضو التنفيذ لا يملك أن يوقع على العقد المراد ابرامه إلا بعد الحصول على الموافقة السابقة من الجهات الوصية، اذا كان العقد من العقود التي يشترط لابرامها اتمام هذا الاجراء - كما سلف بيان ذلك (١٠١) .

II - القيمة القانونية لقرارات لجان الصفقات :

لقد أعطى المشرع اهتماما كبيرا لرقابة العقود التي تبرمها أجهزة الدولة ، حيث جعل العقود التي تبرمها هذه الأجهزة خاضعة للرقابة قبل الشروع في تنفيذها وبعده وخلاله (١٠٢) .

وبصرف النظر عن أنواع الرقابة الأخرى ، فإن المشرع قد أمعن في تفصيل الرقابة السابقة التي تمارسها لجان الصفقات .

وفي هذا الخصوص نص المشرع ، على أن لجان الصفقات ، هي المركز الوحيد لاتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الداخلة في اختصاصها ، وأعطى لها سلطة تقديرية في منح التأشيرة أو ارفاقها بتحفظات موقفة أو غير موقفة لابرام الصفقة ، أو تأجيل الصفقة لاستكمال المعلومات ، أو رفض التأشيرة اطلاقا (١٠٣) .

---

(١٠١) راجع المادة : ٨ من الأمر المتضمن احداث الشركة الوطنية للأشغال البحرية - سبقت الاشارة اليه .

(١٠٢) أنظر المادة : ١٠٥ من المرسوم المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

(١٠٣) أنظر المادتين : ١٥٠ ، ١٥١ من نفس المرسوم .

ونص أيضا على إلزام الجهة التي تنوى التعاقد ، بأن تزود أعضاء لجنة الصفقات بمذكرة تحليلية تحمل العناصر الأساسية عن كل صفقة . تكون موضوع طلب تأشيرة ، كما ألزم الجهة المتعاقدة بأن تطالب التأشيرة قبل القيام بابرام الصفقة (١٠٤) .

وعلى هذا الأساس فانه يتعين على الجهة التي ترغب في التعاقد ، أن تلتزم بطلب التأشيرة من لجنة الصفقات المختصة قبل المضي في ابرام العقد (١٠٥) ، فإن تخطت هذا الاجراء وأبرمت العقد دون الحصول على موافقة لجنة الصفقات المعنية ، وكان العقد المبرم مخالفا للأحكام التشريعية ، اعتبر هذا العقد باطلا ، وذلك قياسا على عدم امكانية تجاوز قرار لجنة الصفقات المسبب بعدم مطابقة الصفقة للأحكام التشريعية التي يتضمنها قانون الحالة .

---

(١٠٤) راجع المادتين: ١٥٢، ١٥٣ من المرسوم المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

(١٠٥) باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة ٧ ف، ٢ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، التي تنص على ما يلي :(غير أنه تعفى من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم ، لا سيما ما يتعلق بالمراقبة القبلية الخارجية ، صفقات استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المتعامل العمومي المعني السرعة في البت بحكم طبيعتها والتقارب السريع في أسعارها وتوفرها وكذلك الممارسات التجارية الجارية عليها).

والمادة ١١٦ من نفس المرسوم التي تقضي بأنه :(...لاتخضع الصفقات التي تبرم بين المتعاملين العموميين... للرقابة الخارجية قبل الشروع في تنفيذها ، غير أنه يجب على المتعامل العمومي أن يخبر اللجنة المختصة بابرام هذه الصفقة).

وعموما فانه على الرغم من امكانية تجاوز بعض القرارات التي تصدرها لجان الصفقات من قبل الجهات التي تملك ابرام العقد إلا أن هذه القرارات تبقى دائما تشكل قيدا قويا على حرية الادارة وحصنا منيعا لمطابقة الصفقات التي تبرمها أجهزة الدولة مع توجيهات الحكومة وتعليماتها ، ولمقاييس وثوابت المخطط الوطني التي تتحكم في ابرام العقود .

المطلب الثاني

النتائج القانونية المترتبة على الاخلال بمبدأ الموافقة السابقة على التعاقد

على الرغم من أن بعض الباحثين في القانون العام، ينادون حاليا بالتخلي عن النتائج السلبية المترتبة على عدم مراعاة مبدأ الموافقة السابقة على التعاقد ، أو على الأقل عدم التشدد في التمسك بها ، وذلك اكتفاء بمساءلة الجهة المتعاقدة التي تخطت هذا الاجراء، سياسيا واداريا ، بدلا من ابطال العقد في جميع الحالات (١٠٦)، فان الفقه والقضاء الاداري في فرنسا ومصر لا يزال مستقرا ، على أن تعاقد الادارة دون الحصول على الموافقة السابقة يؤدي الى بطلان العقد،

---

(١٠٦) أنظر في هذا الخصوص- د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ١١٤ وما بعدها . وكذلك د. صفاء الحافظ - المرجع السابق - ص ٢١ وما بعدها .

باعتبار أن هذه الموافقة تشكل عنصرا ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية كما سبق الذكر .

ومن بين ما أفتى به قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في هذا الخصوص ، الفتوى المؤرخة في ٢٢ / ٠٩ / ١٩٥٤ التي يؤكد فيها حرصه على تقرير بطلان العقد الذي يبرم دون الحصول على الموافقة السابقة ، حيث يقول(١٠٧) : (... أما المسائلة السياسية أمام البرلمان ، فهي لا ترد إلا بالنسبة الى تصرفات تصدر من الوزير صحيحة في حدود اختصاصه ، ويؤخذ عليها عدم ملاءمتها أو عدم اتفاقها مع الصالح العام).

ويؤكد قسم الرأي في ذات الفتوى ، على أن العقد الذي تجريه الادارة دون الحصول على الموافقة السابقة ، يكون منعدما من الناحية القانونية ، وما يترتب عليه من آثار يقوله(١٠٨) : (....ومتى انعدمت الارادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له في نظر القانون ، وانما هو واقعة مادية بحتة ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب عليه من آثار ...) .

---

(١٠٧) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٢٧ الهامش رقم (١) .

(١٠٨) عن نفس المؤلف - نفس المصدر - ص ٣٢٦ - وقد سبقت الاشارة الى هذه الفقرة من الفتوى .

واذا كان العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ما هو الا مجرد واقعة مادية صرفة ، وبالتللي يسقط مع ما يترتب عليه من آثار ، فانه من الناحية العملية قد ينتج العقد الباطل آثارا قانونية باعتباره واقعة مادية. فهو كعقد أو عمل قانوني لا ينتج أثرا لأنه باطل ليس له وجود قانوني ، لكنه كواقعة مادية لها وجود فعلي ، قد ينتج آثارا ... تفرضها ضرورة وجوب حماية حسن النية (١٠٩) .

ولقد أفتى قسم الرأي بالمجلس (١١٠) في هذا الخصوص فقال : (... لأن هذه الآثار - آثار الانعدام - تقف عند الآثار المستقبلة دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطء الدولة ...) .

وعلى هذا الأساس ، وباعتبار العقد منعدما من الناحية القانونية فان المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يتمسك به في مواجهتها ، كما هو الشأن في حالة مخالفة الادارة لمبدأ الاعتماد المالي ، لكن هذا لا يمنع المتعاقد مع الادارة من الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة تعاقد الادارة المخالف لقواعد الموافقة السابقة أو قرارات المجالس المختصة بالتعاقد (١١١) .

---

(١٠٩) أنظر - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الموجز في النظرية العامة في القانون المدني - منشورات محمد الداية - بيروت - لبنان - ص ١٨٨ .

(١١٠) نفس الفتوى المؤرخة في ١٩٥٤/٠٩/٢٢ - سالفة الذكر.

(١١١) راجع - عبد العزيز السيد الجوهري - محاضرات في الأموال العامة - دراسة مقارنة - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٣ - ص ٧٠ .

ولما كان المتعاقد مع الادارة لا يستطيع الرجوع عليها على أساس الرابطة التعاقدية ، لأن هذه الرابطة لم تتكون أصلا ، فإنه من المتفق عليه في هذا الصدد ، أن للمتعاقد أن يرجع على الادارة ، إما على أساس الخطأ التقصيري ، باعتبار أن الادارة قد أخطأت ، لأنها لم تتقيد بقواعد الموافقة السابقة على التعاقد ، وأن خطأها هذا حمل المتعاقد أضرارا مادية أو معنوية ، وإما على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب ، اذا أمكنه أن يثبت أن الادارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المعدوم(١١٢) . أما اذا كان المتعاقد مع الادارة قد استفاد من العقد المعدوم ، فإن قسم الرأي بمجلس الدولة المصري قد أفتى كما رأينا ، بأن آثار العقد المنعدم والتي تمت في الماضي ، لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة .

والعقد المنعدم لا تصححه الاجازة أو الاقرار، حتى ولو كان ذلك بقانون ، ومن ثمة فإذا ما رأت الدولة أن هذا العقد ذو أهمية ويحقق المصلحة العامة - تبعا لتقديرها - فلها أن تصدر قانونا بابرام عقد جديد(١١٣) ، بمعنى أن الادارة تستطيع أن تبرم عقدا مبتدأ مع احترام القواعد المقررة، فتنشأ الرابطة التعاقدية لأول مرة .

---

(١١٢) من شروط قاعدة الاثراء بلا سبب : -
أ - أن يثري أحد طرفي العقد وأن يفتقر الطرف الآخر .
ب - أن تكون هناك علاقة سببية بين الاثراء والافتقار .
ج - ألا يكون هناك سبب قانوني للاثراء .

(١١٣) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص٣٢٦ الهامش رقم (١) .

وفي الجزائر ، فإنه على الرغم من انتهاج أسلوب التنمية الاشتراكي ، المرتكز على مبدأ التخطيط الذي يجعل كافة أجهزة الدولة ومؤسساتها ملزمة قانونا بتنفيذ ما يرد به (١١٤) ، والنص على اعتبار العقد أداة لانجاز المخطط الوطني (١١٥)، فان التشريعات المتعلقة بكيفية ابرام العقود والصفقات ، لا تزال متأثرة في كثير من احكامها بما هو مستقر عليه في فقه وقضاء القانون الاداري ، الفرنسي، والمصري ، حيث جاء في المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي : من أنه لا تصح صفقات المتعامل العمومي ولا تكون نهائية إلا اذا استوفت الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل (١١٦) . وهو ما يفيد بأن العقد المبرم دون الحصول على الموافقة السابقة - حيثما اشترطها المشرع - يكون معرضا للبطلان ، وهو أمر يثير التساؤل حول أولوية التطبيق في حالة حصول تعارض بين قانون الخطة والأحكام التشريعية والتنظيمية السارية .

وللتوضيح فان قانون الخطة ينشئ التزاما قانونيا بتنفيذ مهمة مخططة معينة وان تنفيذ هذا الالتزام يستدعي بالضرورة ابرام العقد(١١٧).

(١١٤) أنظر الميثاق الوطني - تحت عنوان - من أجل تنمية شاملة ومنسجمة قائمة على أساس تخطيط علمي المفهوم ديمقراطي التصميم، حتمي التنفيذ. وكذلك المادة ٤٣: من قانون المخطط الخماسي الأول - سبقت الاشارة اليه .

(١١٥) راجع المادة ٢: من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليها .

(١١٦) أنظر المادة : ٦ من نفس المرسوم .

(١١٧) للمزيد من التفصيل في هذا الخصوص راجع : د. مصطفى الجمال - بحث تحت عنوان : العقد والتطبيق الاشتراكي، منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة ١٣ ملحق العددان ٣-٤ - ١٩٦٨ - مطبعة جامعة الاسكندرية ص ٤٨ ، ٤٩ .

و من ثمة فإن ابرام العقد في هذه الحالة يجد أساسه في الالتزام القانوني الذي يفرضه قانون الخطة ، وعليه فان التخلي عن ابرام العقد يؤدي الى الاخلال بذلك الالتزام القانوني ، الذي ستترتب عليه حتما مسؤولية قانونية للجهة التي تخلفت عن تنفيذ المهمة المسطرة لها هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فإن عدم مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية - التي من بينها عدم الحصول على الموافقة السابقة - تشكل أيضا مخالفة قانونية .

وعلى هذا الأساس فانه مع التسليم بصحة المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء في فرنسا ومصر القاضي ببطلان العقد المبرم دون الحصول على الموافقة السابقة في جميع الحالات ، فإنه لا يقدم الحل الملائم لمثل هذا التعارض الذي قد يحدث بين القواعد المتعلقة بالأحكام التشريعية والتنظيمية وقانون الخطة ، ذلك لأن الأخذ بهذا المبدأ من شأنه أن يحول دون تحقيق العقد لوظيفته الرئيسية المتمثلة في كونه أداة لتنفيذ الخطة .

لهذا السبب فالمعمول به في النظم الاشتراكية عند وجود مثل هذا التعارض فإن الأولوية في التطبيق تكون لقانون الخطة استنادا الى مركزه الدستوري ، ويترتب على ذلك أن تسوية منازعات الخطة الاقتصادية في هذه الحالة تكون باعطاء الأولوية لاعتبارات الملاءمة على الاعتبارات القانونية ، بمعنى أن تسوية النزاع لا تتم وفقا للعناصر القانونية بشكل خالص . وانما يجب النظر الى الموضوع من خلال عناصر الملاءمة مع ترجيحها .

ويستخلص مما تقدم أن العقد المبرم دون استحصال الموافقة السابقة ويكون موضوعه منطبقا مع ما نص عليه المخطط يجب ألا يحكم ببطلانه استنادا الى مبدأ ضرورات تنفيذ الخطة الذي يجعل من ابرام العقد واجبا قانونيا واقتصاديا في نفس الوقت وبالتالي يتعين استحصال تأكيد الموافقة عليه من الجهات التي تملك ذلك ولو بشكل لا حق.

أما اذا كان موضوع العقد المبرم دون الحصول على الموافقة مخالفا لما ورد بقانون الخطة فانه يتعين الحكم ببطلانه لا على أساس عدم الحصول على الموافقة السابقة بشأنه فقط وانما على أساس مخالفته لما ورد بقانون الخطة كذلك .

لهذا يجب أن توضع في الاعتبار ضرورات الملاءمة الاقتصادية الى جانب القواعد القانونية ومن ثمة فانه لا بد من التمييز على الأقل بين القواعد المتعلقة بالأحكام التشريعية والقواعد المتعلقة بالأحكام التنظيمية فيحكم ببطلان العقد اذا تم ابرامه دون استكمال القواعد المتضمنة للأحكام التشريعية ، لأنه ما من شك أن هذا العقد يكون مخالفا لما تضمنه المخطط سواء في الجانب القانوني أو الاقتصادي ، ولا يحكم ببطلان العقد المبرم دون اتباع بعض القواعد التنظيمية ما دام موضوعه مطابقا مع مضمون الخطة .

وأخيرا يجب التذكير ، فيما يخص اتمام الرابطة التعاقدية من طرف الادارة بعد استحصال الموافقة السابقة على التعاقد ، فان قسم الرأي مجتمعا (١١٨)، قد أفتى بأنه ، اذا كان اذن البرلمان ضروريا ، فان

(١١٨) أنظر فتواه الصادر في ٢٥ / ٠١ / ١٩٥٣ - وقد أشار اليها د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٢٨ .

الادارة بعد الحصول على هذا الاذن تحتفظ بحريتها في لا تمام الرابطة التعاقدية أو عدم إتمامها طبقا لما تراه من مقتضيات الصلح العام • وهو نفس المسلك الذي أخذ به هذا القضاء ، فيما يخص قيد الاعتماد المالي ، الذي سبق أن أبديت بشأنه بعض الملاحظات، وهي تصدق في هذا المقام لاتحاد العلة بين القيدين • إذ فمن غير المعقول إلزام الادارة بالتقيد بالحصول على الموافقة السابقة في بعض العقود لأهميتها ولاتصالها الوثيق بمصالح الشعب ، ثم بعد حصولها على هذه الموافقة تترك لها الحرية في ابرام مثل هذه العقود أو عدم ابرامها •

الفَصْل الثّالث

الاسْتِشَارَاتُ السَّابِقَة عَلى التّعَاقُد

الفصل الثالث

الاستشارات السابقة على التعاقد

يحتل التنظيم الاداري مكانة هامة في الهيكل التنظيمي العام للجهاز الاداري ، الى درجة أن أصبحت نظريات التنظيم الاداري من أهم المفاهيم التي تدعم تقدم الادارة الحديثة ، وفي ظل هذه النظريات والمفاهيم يعتبر التنظيم صورة معبرة عن تكوين الجهاز الاداري ، فيبين وحداته المختلفة ، ويشير الى مدى الترابط القائم بينها ، ويوضح حدود السلطة والمسئولية ، والامتداد الرأسي والأفقي للجهاز الاداري (١١٩).

ولهذا يعرف خبراء الادارة ، التنظيم بوجه عام بأنه :
النظام الذي بمقتضاه يمكن جمع شتات وحدات مستقلة لتكوين جهاز اداري موحد ، بامكانه مزاولة السلطات ومباشرة الاختصاصات والقيام بمهام التنسيق والرقابة لتحقيق الأهداف المرسومة (١٢٠).

ويرى هؤلاء الخبراء ، أن التنظيم الأمثل ، هو الذي يقسم الهيكل التنظيمي للدولة ، الى أجهزة رئيسية ، وأجهزة معاونة أو مساعدة ، وأجهزة استشارية (١٢١) .

---

(١١٩) راجع د. عادل حسين ، و د. مصطفى زهير - الادارة العامة - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٧٦ - ص ٥٨ .

(١٢٠) أنظر د. عيسى السيد اسماعيل - الادارة العامة والتنظيم في جمهورية الجزائر - دراسة نظرية وتطبيقية ١٩٧٥ - ص ٢٧ الهامش رقم (١) .

(١٢١) راجع - د. عمار بوحوش - الاتجاهات الحديثة في علم الادارة - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - ١٩٨٣ - ص ٢٥٣ .

فالأجهزة الرئيسية أو الهيئات التنفيذية الرئيسية ، هي تلك الجهات الادارية الأصلية التي يناط بها تنفيذ المهمات الملقاة على عاتق السلطة التنفيذية ، فهي تضطلع بمباشرة الأنشطة التي تحقق الأهداف الرئيسية للجهاز الاداري (١٢٢) ، ففي مرفق التعليم تقوم الأجهزة الرئيسية بادارة كل ما يتعلق بتخطيط السياسة العامة للتعليم والاشراف على تنفيذها .

أما الأجهزة الفنية المعاونة أو المساعدة ، فهي تلك التي تقوم بادارة كل ما يتعلق بالأعمال الثانوية التي تكون في خدمة الأعمال الرئيسية (١٢٣)، فالأجهزة المساعدة في مجال مرفق التعليم مثلا ، تتولى ادارة الشؤون المالية ، وشؤون الموظفين ، وشؤون المخازن والمشتريات وغير ذلك من الأعمال المشابهة .

وأما الأجهزة الاستشارية أو الهيئات الاستشارية ، فدورها ينحصر في الاعداد والتحضير والبحث ، ثم تقديم النصح للجهات التي تملك اصدار القرار (١٢٤). فالأجهزة الاستشارية على هذا النحو، تقدم المساعدة للأجهزة الرئيسية والمساعدة فيما يحال عليها من موضوعات تدخل في

---

(١٢٢) راجع د. الطماوي - مبادئ علم الادارة العامة - ط ٢ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٢ - ص ٧٧ .

(١٢٣) نفس المصدر - ص ٩٣ ، ٩٤ - وكذلك د. عبد الكريم درويش و د. ليلى تكلا - أصول الادارة العامة - مكتبة الانجلو المصرية - القاهرة - ١٩٧٢ ص ٣٩٢ .

(١٢٤) راجع - د. ابراهيم عبد العزيز شيحا - الادارة العامة - دون سنة طبع - مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر - الاسكندرية - ص ١٤٥ وما بعدها .

نطاق تخصصها الفني ، كما هو الحال بالنسبة للأساتذة الذين ينتمون للمعهد التربوى الجزائرى ، فهم مكلفون الى جانب التدريس ، بدراسة البرامج وتأليف الكتب المدرسية ، وعليه ، فان وزارة التربية تستشيرهم في مجال تعديل البرامج ومحتوياتها ، نظرا لما لديهم من خبرة ودراية في هذا المجال .

تلك هي نبذة مختصرة عن المكونات الرسمية للجهاز الادارى ، اقتضتها ضرورة الوصول الى ما يهم محتوى هذا الفصل ، وهو دراسة الاستشارات السابقة كقيد يرد على حرية الجهات الادارية في مجال ممارستها للأعمال القانونية ، والتي منها ابرام العقود .

وعلى ذلك سوف تدور الدراسة في هذا الفصل حول لابراز أهمية قيد الاستشارات ، وهذا من خلال بحث أنواع أو أنماط الأجهزة الاستشارية ثم بيان القيمة القانونية لما تدلي به من آراء وتوصيات للجهات الادارية ، خاصة في مجال ابرام عقود ها ، في مبحثين : -

المبحث الأول

أنواع الأجهزة الاستشارية

لقد ظهر قيد الاستشارات السابقة ، بصفة خاصة ، منذ بداية الأربعينات من هذا القرن ، نتيجة تزايد اهتمام خبراء التنظيم الاداري بأمر الأجهزة أو الهيئات الاستشارية ، ومرجع ذلك يعود الى أن هيئة البحث الاداري التابعة للجنة - هوفر الأولى - أوصت أودعت الى استكمال التنظيم الاداري لأجهزة الدولة الرئيسية ، بانشاء جهاز استشاري لكل وزارة ، يبدي للوزير المختص الآراء اللازمة في العديد من المسائل المتعلقة بالخدمة المدنية . وفعلا استجابت الادارة الأمريكية لتلك التوصيات ، وانشأت الكثير من الهيئات الاستشارية وبعد ذلك حذت حذوها أغلب الدول المتقدمة والنامية على حد سواء(١٢٥).

ومع أن تشكيل الأجهزة الاستشارية وأنماطها ، يختلف باختلاف الأنظمة السائدة في ادارات الدول المختلفة ، فانه يمكن تقسيم هذه الأجهزة أو الهيئات ، بصفة عامة ، الى ثلاثة أنواع هي : الأجهزة الاستشارية المركزية ، والأجهزة الاستشارية التابعة للأجهزة الادارية ، والأجهزة الاستشارية الخاصة .

وحتى لا نخرج عن موضوع البحث ، نقتصر على دراسة اختصاصات الأجهزة الاستشارية المركزية والتابعة ، في مطلبين ، دون التعرض لدراسة الأجهزة الاستشارية الخاصة ، لأنها لا تفيد في دراسة ما نريد الوصول اليه .

(١٢٥) أنظر - د. خميس السيد اسماعيل - المصدر السابق - ص٤٥ - وكذلك د. سليمان محمد الطماوي - الوجيز في الادارة العامة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ - ص ٣١ ، ٣٢ .

المطلب الأول

الأجهزة الاستشارية المركزية

توجد الأجهزة الاستشارية المركزية حاليا في جميع دول العالم (١٢٦)، وهي عادة ما تكون مستقلة عن الأجهزة الادارية الأخرى ، ولكنها تقوم بتقديم آرائها وتوصياتها لفائدة تلك الأجهزة الادارية في الكثير من الأمور المتعلقة بعملها الاداري والفني (١٢٧).

وجريا وراء الالتزام بموضوع البحث ، نكتفي في هذا المطلب بدراسة الاختصاصات الاستشارية للجنة الوطنية للصفقات باعتبارها جهاز استشاري مركزي في مجال ابرام العقود ، الى جانب ما تمارسه من اختصاصات أخرى في ميدان الرقابة والبت في بعض العقود (١٢٨).

---

(١٢٦) ومن الأجهزة الاستشارية المركزية مثلا : المكتب المركزي للاحصاء ، والجهاز المركزي للتخطيط في فرنسا ، وجهاز الخدمة المدنية في بريطانيا ، ومكتب الميزانية والمجلس الاقتصادي في الولايات المتحدة الأمريكية ، والجهاز المركزي للتخطيط في كل من الاتحاد السوفييتي ويوغسلافيا ، ومجلس الدولة والجهاز المركزي للحسابات في مصر ، ومجلس المحاسبة ، واللجنة الوطنية للأجور في الجزائر.

(١٢٧) أنظر المادة ٢ ف ٥ من المرسوم رقم ٨٠/٤٥ المؤرخ في ١٩٨٠/٠٢/٢٣ المتضمن المركز الوطني لتنشيط المؤسسات ومعالجة المعلومات الخاصة بقطاع البناء ، التي تنص على ما يلي: (يقوم المركز فضلا عن ذلك بالتنسيق فيما يخصه بين المؤسسات ويقدم لها المساعدة في علاقاتها التعاقدية مع كل الهيئات بناء على طلبها ...).

(١٢٨) راجع المادتين ١٣٥ ، ١٣٨ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - مشار اليه .

وتتمثل الاختصاصات الاستشارية للجنة الوطنية للصفقات في مجال اعداد السياسة العامة لابرام العقود في الآتي : (١٢٩).

أولا : تقترح أي اجراء من طبيعته أن يحدد الظروف الملائمة لابرام العقود أو الصفقات، سواء تعلق الأمر بالعقود التي تبرم بين أجهزة الدولة - المتعاملون العموميون -، تدعيما للتكامل والتنسيق فيما بين القطاعات وما بين الجهات، أو كان الأمر يتعلق بالعقود التي تبرم بين تلك الأجهزة والأشخاص الخاصة (الوطنية والأجنبية) .

ثانيا : تساهم اللجنة باقتراحاتها وتوصياتها في كل ما من شأنه أن يضع الاجراءات الضرورية لتحسين السياسة العامة لاعداد العقود وابرامها وتنفيذها ووضعها موضع التنفيذ العملي السليم من كافة الوجوه، وعلى جميع مستويات المبادلات .

ثالثا : تفحص دفاتر الشروط العامة ودفاتر الأحكام المشتركة، ونماذج من العقود النموذجية ، الخاصة بالاشغال والتوريدات والخدمات مقدما وقبل المصادقة عليها من الجهات المختصة .

رابعا : تقدم أي رأي في مشاريع اعتماد الأرقام الاستدلالية الخاصة بالأجور والمواد المستعملة لانجاز العقود المتعلقة بالأشغال العامة أو التوريدات أو الخدمات ، كما تدلي برأيها بشأن قواعد مراجعة أسعار هذه العقود .

---

(١٢٩) أنظر المادة ١٣٧ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي . سالف الذكر .

خامسا : تعلم اللجنة الوطنية للصفقات ، بالصعوبات المنجزة عن تطبيق الأحكام المتعلقة بالرقابة الخارجية - ولا سيما الرقابة السابقة التي تمارسها لجان الصفقات التابعة للأجهزة المعنية بإبرام العقود - وتسهر على تطبيق القواعد المنصوص عليها قانونا ، ولهذا الغرض ، مكن المشرع هيئة الرقابة أو المتعامل العمومي المتعاقد من الاتصال باللجنة الوطنية للصفقات العمومية ، قصد استشارتها والاستهداء برأيها فيما يتعلق بالصعوبات التي تعترض ممارسة الرقابة على ابرام العقود .

سادسا : تعد وتقترح التنظيم الداخلي النموذجي للجنة الصفقات التابعة للمتعامل العمومي (جهاز الدولة المعني بالتعاقد) .

سابعا : تصدر اللجنة الوطنية للصفقات ، أية توصية تسمح بأحسن استعمال للطاقات الوطنية في الانتاج والخدمات مستهدفة بذلك لأحكام الطالبات العمومية وتوحيد أنماطها (١٣٠) .

المطلب الثاني

الأجهزة الاستشارية التابعة للأجهزة الادارية

توجد الأجهزة أو الهيئات الاستشارية التابعة ، بجوار الأجهزة الادارية الرئيسية والمساعدة المكونة للهيكل التنظيمي في الدولة ، ابتداء من القمة الى القاعدة ، فهي توجد في الادارات المركزية لمساعدة الرئيس ورئيس الوزراء أو الوزير الأول والوزراء ، وفي الادارات اللامركزية لتنوير

(١٣٠) راجع المادة ١٣٦ من المرسوم المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سالف الذكر .

القادة الاداريين الذين يعملون في هذا المستوى ، كالولاة ورؤساء البلديات ومديري المؤسسات العامة ...الخ .

ومن المعلوم أن الهيئات الاستشارية التابعة ، إما أن تكون دائمة أو مؤقتة تنتهي بانتهاء المهمة التي شكلت من أجلها . وبصرف النظر عن كون هذه الهيئات الاستشارية دائمة أو مؤقتة ، فإنها توجد على مستويات ثلاثة : على المستوى المركزي وعلى المستوى اللامركزي ، وعلى مستوى المؤسسات العامة .

أولا : الأجهزة الاستشارية التابعة للأجهزة المركزية :

وهذا النوع من الأجهزة الاستشارية ، يمكن أن يكون في شكل هيئة مكتب استشاري للوزير ، كما هو الحال في الادارة السويدية (١٣١) ، أوفي شكل مجالس أو لجان استشارية ، كما هو الشأن في كل من الادارة البريطانية والسوفييتية (١٣٢) والجزائرية (١٣٣) .

وتعمل هذه الأجهزة الاستشارية على دراسة الموضوعات المتعددة ، حسب ما أنيط بها من مهام ، ثم تقدم بشأن ما تختص به الحلول والمقترحات اللازمة للوزير المعني .

---

(١٣١) راجع - د. خميس السيد اسماعيل - المصدر السابق - ص ٤٥

(١٣٢) أنظر - نفس المرجع - ص٤٦ - وكذلك - د. عادل حسين ، د.مصطفى زهير - المرجع السابق - ص٨٤ ، ٨٧ ، ٨٨ .

(١٣٣) راجع المادة ٤ من المرسوم رقم ٣٩ / ٧٦ المؤرخ في ٢٠ / ٠٢ / ١٩٧٦ المتضمن اعادة تنظيم الادارة المركزية لوزارة الداخلية .

وفي هذا الاطار، ولأجل توحيد عمليات الشراء في بعض المصالح والهيئات والمؤسسات التابعة للدولة ، انشئت بوزارة الداخلية والمجموعات المحلية ، لجنة المشتريات المجمعة من الأعتدة والتجهيزات المستورة للجماعات المحلية والمؤسسات الموضوعة تحت الوصاية، ومراقبة خدمات الدراسات (١٣٤) . ومن ضمن اختصاصات هذه اللجنة ما هو استشاري بحت ، فهي في هذا الخصوص ، تقوم بالدراسة والبحث عن أفضل الشروط ، وخاصة تلك التي تتعلق بالكلفة والجودة للأشياء المستوردة ، والخدمة بعد البيع ، ولهذا الغرض فان هذه اللجنة مكلفة بإعداد واقتراح دفاتر المواصفات التقنية النموذجية ، وبالمبادرة بجميع الاستشارات والاقتراحات المتعلقة بالمناقصات الدولية المناسبة (١٣٥) .

ثانيا : الأجهزة أو الهيئات الاستشارية التابعة للادارات اللامركزية :

وتبعا لمسايرة النظم الحديثة المتبعة في الادارات ، أخذ المشرع الجزائري كذلك بالتقسيم الثلاثي للهيكل التنظيمي على مستوى الادارات اللا مركزية ، حيث زود كل من الولاية والبلدية بهيئات استشارية تبدي آرائها واقتراحاتها في جميع المجالات التي تهم التنمية المحلية والوطنية .

ففيما يخص الأجهزة الاستشارية التابعة للولاية ، فانه جاء في ميثاق الولاية (١٣٦)، تحت عنوان : المهام الاستشارية للمجلس الشعبي الولائي :

(١٣٤) احدث لجنة المشتريات المجمعة المذكورة أعلاه ، بموجب القرار المؤرخ في ٢٧ جوان ١٩٨١ - الجريدة الرسمية عدد ٤٨ .

(١٣٥) أنظر المادة ٢ من نفس القرار .

(١٣٦) ميثاق الولاية المصادق عليه من طرف مجلس الثورة والحكومة في ٢٦ مارس ١٩٦٩- سبقت الاشارة اليه .

يستشار المجلس الشعبي للولاية ، بعنوان المشاورات المسبقة ، في كل ما يمكن أن يعتبر مقدما لـ جراء أكثر اعدادا لتحضير المخطط الوطني للتنمية ، ثم بعد المصادقة عليه حول تطبيقات الخصوصية على الولاية ....

وبناء في نفس الميثاق أيضا : يمارس المجلس الشعبي للولاية دوره على شكل اقتراحات وأراء يتلقاها الوالي بصفته ممثلا للدولة ، ويقوم بلـ بداء أرائه حول محاضر التنفيذ أو تقارير النشاط .

وعلى هذا الأساس فإن المجلس بصفته هيئة استشارية موءهل لتقديم أرائه وتوصياته حول لـ عداد المخطط الوطني وحول تطبيقاته الخصوصية ، وذلك من خلال ما يبديه من اقتراحات ونصائح فيما يخص محاضر التنفيذ أو تقارير النشاط .

ومن بين محاضر التنفيذ ـ محاضر المزايدات والمناقصات ـ التي تنوي الولاية اجراءها ، باعتبار هذه العقود احدى الأدوات أو الوسائل المهمة في انجاز المخطط على تراب الولاية .

ولكي يتمكن المجلس من تقديم أرائه وتوصياته السابقة الذكر على أكمل وجه فقد أعطى له المشرع إمكانية تكوين لجان دائمة وموءقتة (١٣٧) تتولى دراسة كافة المسائل المتصلة بانجاز المخطط الولائي ، والتي من ضمنها مشاريع العقود التي ترغب الولاية في عقدها .

والى جانب الاختصاصات الاستشارية للمجلس الشعبي الولائي في مجال ابرام العقود ، يوجد المجلس الاقتصادي والاجتماعي ، الذي يختص هو أيضا بلـ بداء

---

(١٣٧) أنظر المادة ٤٦ من قانون الولاية ـ سالف الذكر .

الرأي في الولاية فيقدم ملاحظاته بشأن اعداد محاضر العقود وكيفية ابرامها وتنفيذها ، زيادة على ما تقدمه مكاتب الدراسات والتجهيز التي تلعب دورا هاما في مساعدة الولاية بالنصائح والارشادات التي توصلت اليها عن طريق الدراسات والبحوث في مجال احكام الصفقات مع الطلبات العمومية(١٣٨).

أما فيما يخص الأجهزة الاستشارية التابعة للبلدية ، فانها تتمثل في المجلس الاقتصادي والاجتماعي ، واللجان الدائمة والموقتة التي يشكلها المجلس الشعبي البلدي من أعضائه ، وفي المجلس البلدي مجتمعا.

فالمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، يساهم كذلك بقسط هام من خلال ابداء الرأي وتقديم المقترحات في العديد من الموضوعات ذات الطبيعة القانونية والاقتصادية التي تهم البلدية(١٣٩) .

وتساهم اللجان الدائمة والموقتة التي يشكلها المجلس البلدي من أعضائه ، ببعض الاختصاصات الاستشارية ، اذ يعهد اليهما بدراسة المسائل المتعلقة بالادارة والمالية والتخطيط والاقتصاد وعقود التجهيز والأشغال العمومية .....الخ .(١٤٠) .

أما المجلس الشعبي البلدي مجتمعا ، فيختص ، علاوة على ما تقدم بابداء آرائه واقتراحاته وملاحظاته ، في كل ما من شأنه أن يسهم في اعداد المخطط الوطني وفي تنفيذه، وفي كل ما يتعلق بتحسين انتاجية مختلف

---

(١٣٨) أنظر المادة ٤٦ من قانون الولاية - سالف الذكر .

(١٣٩) راجع - حسين مصطفى حسين المصدر السابق - ص ١٦٤

وكذلك خميس السيد اسماعيل - المرجع السابق - ص ٢٤٠

(١٤٠) راجع المادتين ٩٤ ، ٩٨ من القانون البلدي - سالف الذكر.

القطاعات ، ومردود يتها ، وكيفية تسويق المنتوجات التابعة لاحتكار الدولة وتوزيعها عبر تراب البلدية (١٤١).

ثالثا : الأجهزة الاستشارية التابعة للمؤسسات الاشتراكية :

لقد عمل المشرع الجزائري في مجال تنظيم المؤسسات الاشتراكية بنفس الأسلوب المتبع في ميدان تنظيم الأجهزة المركزية واللامركزية ، حيث أقام هيئات أو أجهزة استشارية الى جانب الأجهزة الرئيسية والمعاونة ، ومن أهم هذه الأجهزة في الميدان الاستشاري عموما ، مجالس عمال المؤسسات والوحدات التابعة لها ، ذلك أن القانون يلزم المدير العام للمؤسسة الاشتراكية باستشارة مجلس العمال التابع للمؤسسة ، وعند الاقتضاء ، استشارة مجلس عمال الوحدة (١٤٢) ، في كل مشروع أولي يهدف لتوسيع نشاط المؤسسة الى قطاعات جديدة ، أو في كل مشروع للتوسيع يقتضي احداث وحدات جديدة أو توحيد أو ادماج أو انفصال وحدات موجودة داخل المؤسسة .

وفضلا عن ذلك فان لمجلس عمال المؤسسة ، أن يبدي بتوصياته واقتراحاته بالنسبة للنتائج التي يجب استصلاحها والتدابير التي يجب اتخاذها من أجل تحسين كيفية ابرام العقود ومراقبتها وتنفيذها وتحسين التسيير وزيادة الانتاج والتخفيف من التكاليف والقضاء على التبذير (١٤٣) .

---

(١٤١) أنظر المواد : ٩ ، ١٣ ، ١٣٦ من القانون البلدي - سالف الذكر .

(١٤٢) أنظر المادتين ١٣ ، ١٤ من المرسوم رقم ١٥٠ / ٧٥ الصادر في ١٩٧٥/١١/٢١ المتعلق بصلاحيات مجلس العمال في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي .

(١٤٣) راجع المادة ١٦ من نفس المرسوم .

وزيادة على ما سبق ، فإن المجلس مديرية المؤسسة الاشتراكية اختصاصات استشارية ، الى جوار الاختصاصات الأصلية المتمثلة في الموافقة السابقة ، ومن الاختصاصات الاستشارية لهذا المجلس ، أنه يبدي رأيه في كل المساعدات المصرفية السنوية أو الربع سنوية التي تنوي المؤسسة عقدها ، والتي تكون لازمة لتمويل الاستغلال وكذلك كيفية تسديدها ، كما يدلي برأيه في كل المساعدات المالية السنوية أو المتعددة السنوات التي تم عقدها بالجزائر أو بالخارج قصد تمويل برنامج استثمارات المؤسسة المقررة من قبل الحكومة (١٤٤).

---

(١٤٤) راجع المواد : ٩ ، ١٣ ، ٢١ من المرسوم المتعلق بصلاحيات مجالس مديريات المؤسسات الاشتراكية - سالف الذكر.

المبحث الثاني

القيمة القانونية للاستشارات السابقة على التعاقد

إن إقامة الهيئات الاستشارية الى جانب الأجهزة الرئيسية والمعاونة، يهدف الى الحصول على الدراسات المتكاملة لما قد يطرح من مشاكل، واقتراح الحلول لها، بما يحقق التنسيق بين جميع أنشطة الوحدات المختلفة، ويمكن من استثمار الموارد المتاحة في انجاز الغايات والأهداف المنوطة بكل جهاز من أجهزة الدولة، دون تبذير لهذه الموارد أو توظيفها في غير محلها.

لذلك فإنه اذا كان المشرع غالبا ما يفرض على الأجهزة الرئيسية أو المعاونة استشارة بعض الجهات المختصة، قبل إجرائها لتصرفاتها العقدية، فإنه يرغب في تحقيق عدة اعتبارات، كما سبق الذكر، قد تكون فنية، أو تجنبا لمخاطر قانونية، أو تمكينا للجهات الوصية من ممارسة الرقابة السابقة على ابرام العقود التي تجريها الهيئات المحلية والمؤسسات الاشتراكية، أو لتمكين المجموعات المحلية من إعطاء رأيها في المشاريع التي ستقام أو ستستمر على إقليمها (١٤٥).

---

(١٤٥) أنظر المادة ٣٦ من القانون البلدي - سالف الذكر - والمادة ٦٦ مكرر ١ من قانون الولاية - سالف الذكر.
وأنظر أيضا - د.عمار بوحوش - المصدر السابق - ص ٢٦٣، ٢٦٤.
وأيضا - FRANCOIS LLORENS المرجع السابق - ص ١٧٨.

ولما كان الأصل ، أن الهيئات الاستشارية ، لا تملك حق إصدار القرارات ومتابعة تنفيذ ما ، وانما يقتصر دورها الرئيسي على دراسة الموضوعات المعروضة عليها ، وتقديم الاقتراحات والتوصيات بشأنها ، فإن التساؤل يثور حول الطبيعة الالزامية لهذه الاقتراحات والتوصيات التي تبديها ، والنتائج القانونية المترتبة على عدم التقيد بها أو مخالفتها من قبل الجهات المعنية بالتعاقد .

وعلى هدى ما تقدم سوف نخصص المطلب الأول لدراسة الطبيعة الالزامية للاستشارات السابقة على التعاقد ، ونفرد المطلب الثاني للنتائج المترتبة على مخالفة أو عدم التقيد بهذه الاستشارات .

المطلب الأول

الطبيعة الالزامية للاستشارات السابقة على التعاقد

القاعدة العامة في الاستشارات السابقة ، أنها على نوعين ، من حيث قوتها الالزامية للأجهزة المعنية التي تطلب النصح والارشاد (١٤٦) .

---

(١٤٦) من المعلوم ، أنه يمكن للادارة ، أن تستشير بعض الهيئات الخاصة بمحض ارادتها ، دون أن تكون ملزمة من طرف المشرع ، ومن ثمة فهي حرة في الأخذ برأيها أو بجزء منه أو عدم الأخذ به تماما .
أنظر د. منفي محمود سليمان - الادارة منهج تحليلي ذاتي
دار الجامعات المصرية - الاسكندرية - (٧٦ / ٧٧) - ص ٢١٠ ، ٢١١ .

فالاستشارة السابقة إما أن تكون غير ملزمة للأجهزة الحكومية ، وهذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك . على أن ما يلاحظ في هذا الخصوص، هو أن عدم الالتزام بالاستشارة موضوعيا شيء، وضرورة الحصول عليها شيء آخر(١٤٧).

فإذا فرض المشرع على الجهة المتعاقدة استشارة جهة معينة قبل التعاقد ، فانها تصبح ملزمة باستكمال هذا الابراء، ثم بعد ذلك تكون لها سلطة التقدير في الأخذ بالاستشارة أو بجزء منها أو طرحها كلية ، والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة ، وردت في قوانين مختلفة، نسجل منها ، ما نصت عليه المادة ١١٤ من المرسوم المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، التي جاء فيها : (تحدث لدى كل متعامل عمومي لجنة لتقييم العروض تستشار وجوبا في الصفقات العمومية الخاضعة للدعوة للمنافسة، التي يساوي مبلغها أو يفوق حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات ....) .

وكما هو واضح من هذا النص ، فإن المشرع جعل الاستشارة وجوبية من حيث الأصل ، ومن ثمة ، فإنه يتعين على كل الجهات التي ترغب في ابرام العقود، أن تتقيد بهذا الاجراء، كلما كانت الصفقات التي تنوي ابرامها ، خاضعة للدعوة للمنافسة - وكان مبلغها مساويا أو يزيد على حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات (١٤٨) .

---

(١٤٧) راجع - د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية المصدر السابق - ص ٣٤٣ . وكذلك د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ٣٧١ . وأيضا - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق ص ١٧٨ .

(١٤٨) لمزيد من الأمثلة في هذا الخصوص راجع المبحث الأول من هذا الفصل.

أما اذا جعل المشرع موضوع الاستشارة السابقة ملزما للجهة التي تقدم على ابرام العقد، فانه يتعين عليها طلب الاستشارة بداية والأخذ بها نهاية(١٤٩) .

ومن قبيل هذا النوع من الاستشارات ما يلي : -

أولا : في التشريع الجزائري

١ - اشترط المشرع استشارة المجلس الشعبي البلدي أو المجلس الشعبي الولائي مسبقا، حول أي مشروع يقع انجازه على عاتق الدولة أو أية جماعة أخرى عبر تراب البلدية أو الولاية (١٥٠) .

٢ - التزام المجموعات المحلية والمؤسسات الموضوعة تحت الوصاية بالحصول على رأي لجنة المشتريات المجمعة، وضرورة الأخذ به(١٥١).

٣ - الزامية الآراء التي تدلي بها اللجنة الوطنية للصفقات للجان صفقات المتعامل العمومي ، وللمتعامل العمومي ذاته، والزامية آراء لجان صفقات المتعامل العمومي لهذا الأخير (١٥٢).

---

(١٤٩) راجع - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق ص٣٤٧ ، وكذلك لنفس المؤلف - الوجيز في القانون الاداري - دار الفكر العربي - القاهرة-١٩٧٥- ص٢٦١ وما بعدها .

(١٥٠) راجع المادة ١٣٦ من القانون البلدي ، والمادة ١٦٦ مكرر ١، من قانون الولاية - سبقت الاشارة اليهما .

(١٥١) أنظر المادة ٢ من القرار المتضمن احداث لجنة المشتريات المجمعة - سبقت الاشارة اليه .

(١٥٢) راجع المواد : ١٣٣ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٥٠ من المرسوم المتضمن قانون المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليها .

ثانيا : في بعض التشريعات المقارنة

١ - اللجان الاستشارية الوزارية في الادارة السوفييتية، التي خول لها المشرع حق استئناف قرارات الوزير التي تصدر على خلاف رأيها أمام مجلس الوزراء (١٥٣) .

٢ - الرأي الالزامي للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية، في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية، أو بين هذه الجهات وبعضها البعض (١٥٤) .

٣ - التزام الوزارات المنفذة لمشاريع الخطة في العراق، بتحديد موقع المشاريع قبل المباشرة بتنفيذها، واستحصال موافقة الجهات المعنية كل بالقدر المتعلق باختصاصه (١٥٥) .

وترتيبا على ما تقدم، فانه متى الزم المشرع الجهات التي تنوي التعاقد، باستطلاع رأي جهات أخرى معينة قبل ابرام عقودها، فانها تغدو مقيدة بهذا الالتزام، سواء تعلق الأمر بضرورة الحصول على الرأي أو تعداه الى الالتزام به موضوعيا (١٥٦) .

(١٥٣) عن د. خميس السيد اسماعيل - المصدر السابق - ص٤٦
(١٥٤) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق ص١٦٨
(١٥٥) عن د. رياض عيسى - المصدر السابق - ص٣٧١ - الهامش رقم (٢) .
(١٥٦) يلاحظ أن التشريعات الحديثة اصبحت كثيرا ما تنص على ضرورة الحصول على الرأي والالتزام به موضوعيا، لادراكا منها لعدم المام الجهات المعنية بابرام العقود، بجميع مستلزمات الأمور، نظرا للتطور العلمي السريع والتقدم التكنولوجي، الذي يتطلب التخصص الدقيق في كل قضية لاستجلاء خصائصها ومميزاتها، ومدى ملاءمتها وارتباطها بالقضايا الأخرى، وبالتالي وضعها في اطارها الصحيح ضمن البرنامج العام المسطر من طرف الدولة في المخططات الانمائية .

على أنه بإمعان النظر في التقييد أو الالتزام بالاستشارة موضوعيا، نجد بأن هذا الاجراء، لا يمكن اعتباره من قبيل الاستشارة ، بل يأخذ حكم الموافقة السابقة على ابرام العقد، التي سبقت دراستها في الفصل الثاني من هذا الباب. لهذا سوف يكون التركيز في المطلب الموالي على النتائج القانونية المترتبة على عدم مراعاة الاستشارات السابقة من طرف الادارة في شقها الأول (الالتزام بضرورة الحصول على الرأي دون الالتزام به موضوعيا) .

المطلب الثاني

النتائج القانونية المترتبة على عدم مراعاة الاستشارة السابقة على التعاقد

ولما كانت الادارة لا تتمتع بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد، في ابرام عقودهم ، فإنها تلتزم في جميع الحالات ، بأن تتبع طريقا مرسوما لكي تصل الى ابرام عقود ما ، وهذا السبيل المرسوم للادارة ، يقتضي منها في الغالب الأعم إصدار قرارات ادارية تستهدف التمهيد لابرام العقد أو السماح بابرامه.....الخ .

ولكن ما استقر عليه القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر، هو اعتبار هذه القرارات الادارية منفصلة عن العقد ، وبالتالي يعاملها على أساس كيانها الذاتي. ومن أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الشأن حكمه الصادر في ٢٥ / ١١ / ١٩٤٧ الذي يقول فيه(١٥٧) :

(١٥٧) عن - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ١٨٢ .

(ومن حيث أنه مما يجب التنبيه اليه، أن من العمليات التي تباشرها الادارة، ما قد يكون مركبا، له جانبان، أحد هما تعاقدي بحت تختص به المحكمة المدنية، والآخر اداري، يجب أن تسير فيه الادارة على مقتضى النظام الاداري المقرر لذلك، فتصدر بهذا الشأن قرارات من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الادارية، وتتصل بالعقد من ناحية الاذن به أو ابرامه أو اعتماده، فتختص محكمة القضاء الاداري، بالغاء هذه القرارات، اذا وقعت مخالفة للقوانين واللوائح، وذلك دون أن يكون لالغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائما على حاله، الى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المدنية المتعلقة به).

والمستفاد من نص هذا الحكم، أن القرارات التمهيدية، التي تسبق ابرام العقد، وتصدر غير مستوفية لاجراء من الاجراءات المنصوص عليها قانونا كاغفال استشارة جهة معينة في حالة النص على ذلك، تكون باطلة لمخالفتها للقوانين واللوائح، لكن الذي يتصل بها وهو العقد، يبقى قائما ونافذا.

ويبرر مجلس الدولة الفرنسي هذا المسار في حكم قديم له أيضا صدر في ٤ أوت ١٩٠٥ في قضية : مارتين M A R T I N ، حيث يقول فيه المفوض، روميو ROUMYOU - مخاطبا مستشاري المجلس (١٥٨) ::

(اننا لا ننكر أن قيمة الالغاء في هذه الحالة نظرية، فالادارة، تستطيع أن تصحح الوضع باجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الالغاء اذا لم يتقدم أحد المتعاقدين الى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد، لكن هذه النتيجة،

(١٥٨) عن - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ١٨٤

يجب ألا تـد هشكـم أو تبعـث التردد في نفوسكـم ، فأنـتم تعلمـون تماما ، أن دعوى الالغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا لنتائـج نظريـة ، فليس على قـاضي الالـغاء إلا أن يبحث فيما اذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجـب أن يلغى ، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالغاء من نتائج سلبيـة أو ايجابيـة ، فاذا صححت الادارة الوضع القانوني باجراء لاحق ، فان هذا يحمل في طياتـه أسمى آيات الاحترام لحكمكـم ، أما اذا صمم الطرفـان على الاحتفاظ بالعقـد رغم حكم الالغاء ، فسيكـون لهذا الحكم دائما أثـر هام ، يتركز في أنه أعلى حكم القانون ، ولـم يغلـق أبواب المحكمة في وجـه مواطـن يستعمل رخصة قـد خولـه أياها القانـون ، لكي يراقب قرارات الادارة ، وأنه قد نور الـرأي العـام ، بحيث يمتنـع في المستقبل العودة الى هذه التصرفات الخاطئـة ، وهذا ما يتفـق بصفـة قاطعـة مع تقاليـد قضائكـم المستـنير ومستلـزمـات الديمقـراطيـة المنظمـة)۰

ويرى د۰ سليمان محمد الطماوي(١٥٩)، أن القضاء الاداري الفرنسي لم يكن بوسعـه ، أنـذاك أن يفرض رقابـتـه على جميـع تصرفـات الادارة ، لذلك كـان يحـاول أن يقلـم أظافرهـا شيئـا فـشيئـا ۰ فالغى القرار الذي كان أساسـا للعقـد ، دون أن يتصدى للعقد الذي هو النتيجـة النهائيـة لذلك القرار ، ومـن ثمـة فانـه لا محل للاقتـداء بأحكامـه ، لأنهـا كانت تمثل فـترة انتـقـال ۰

ويذهب الفـقـه الاداري الفرنسي الحديث ، الى المناداة بضـرورة تخلـي مجلس الدولـة عن قضائـه السابـق فالفقيـه بيكينـو - يرى أن القضـاء السابق غـير منطقي ، وأنـه يتعـين عليه الغاء العقد المبني على قرار حكـم

---

(١٥٩) أنظر مؤلفه - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص١٨٧ ۰

بالغائه ، لأن عدم مشروعية القرار تسري على العقد الذي ينبني عليه ، ويقترح على القضاء ، اذا لم يقبل هذا الحل الأصيل أن يسلك في هذا الشأن المسلك الذي كثيرا ما ينتهجه في مجال الوظيفة العامة ، فيحيل الأمر الى الادارة ، لتعمل حكم القانون ، أي تعمل على الغاء العقد (١٦٠) .

أما الفقيه - وايل ، فانه يرى أن فصل القرارات الادارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة ، انما يقصد به مجرد قبول دعوى الالغاء ، أما عند النظر الى شرعية العمل برمتها ، فيجب أن ينظر الى العملية ككل ، أو ككجزء لا يتجزأ ، فيبطل العقد اذا بطل قرار اداري كان أساسا لابرامه (١٦١) .

ولقد تأثر مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه الفقهي ، حيث أصدر حكم في أول مارس ١٩٥٤ في قضية - شركة الطاقة الصناعية - قرر فيه ، بأن الغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد امتياز ، يجعل طلب التفسير المقدم الى المجلس غير ذي موضوع ، لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها بالرغم من أنه لا الادارة ولا المتعاقد معها قد طلب أمام قاضي الموضوع - أي العقد - ترتيب الآثار التي تتولد عن الحكم الصادر بالالغاء (١٦٢) .

وقد سبق لقسم الرأي مجتمعا بمجلس الدولة المصري ، أن أبدى رأيا مقاربا لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي ، في الفتوى رقم ٦٨٤ المؤرخة في ١٣ / ١٢ / ١٩٥١ حيث جاء فيها (١٦٣) : (من المقرر في القانون الاداري أن

(١٦٠ ، ١٦١) أشار الى هذا الرأي - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق ص ١٨٨ .

(١٦٢ ، ١٦٣) عن نفس المؤلف نفس المصدر - ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

العقد يتم على مرحلتين ، الأولى تتم فيها الأعمال التمهيدية ، والثانية يتم فيها ابرام العقد... فكل ما يصدر من هذه القرارات التمهيدية ، يجب أن تسير فيه الادارة على مقتضى التنظيم الاداري المقرر لذلك... ويعتبر الاخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف...)(١٦٤) .

واذا كان بالامكان تطبيق ما استقر عليه القضاء في كل من فرنسا ومصر، والمتمثل في ابطال العقد المبني على قرار حكم بالغائه، تطبيقا لقاعدة : كل ما يترتب على باطل فهو باطل . في مجال الموافقات السابقة على التعاقد ، والاستشارات الملزمة للادارة موضوعيا باعتبارها من قبيل الموافقات السابقة على التعاقد . فان تطبيق هذه القاعدة في مجال الالتزام بضرورة الحصول على الاستشارة السابقة ، دون الالتزام بها موضوعيا ، يبدو عسيرا . ذلك أن العقد في هذه الحالة ، لم يبن على الاستشارة ، وبالتالي ، فان هذه الاستشارة لم تكن أساسا لهذا العقد . كما أن القضاء الاداري ذاته ، لا يشترط احترام جميع الشكليات ، لأن ذلك سيؤدي الى شل نشاط أجهزة الدولة . فهو يميز بين الشكليات الأساسية وبين الشكليات الثانوية .

على أن التمييز بين هذه الشكليات أو تلك ، لا يقوم على معايير واضحة ، ومن ثمة ، فانه يتعين على القاضي تقدير ذلك حسب الحالة المعروضة أمامه ، لأن الظروف وحدها ، في بعض الحالات ، بامكانها أن تعفي الادارة من مراعاة

---

(١٦٤) لكن قسم الراي بالمجلس عدل عن موقفه في الفتوى المؤرخة في ١٢/١٧/ ١٩٦٠ المتعلقة بضرورة استفتاء مجلس الدولة في كل عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه مصري قبل ابرامه . فهو يرى في هذه الفتوى ، أنه لابد من التوفيق بين تطبيق القانون ورعاية المصلحة العامة -راجع مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية - المصدر السابق - ص ١٩٢١ .

شكلية ما قبل ابرام أي عقد . ومع ذلك فان التجربة القضائية الطويلة ، قد أفرزت قاعدة يمكن تفصيلها كما يلي : هل كان في امكان الشكلية المنسية أو التي وقعت مخالفتها من طرف الادارة ، أن تغير من القرار النهائي ؟ اذا لم يكن كذلك فانه لا جدوى من الغاء هذا القرار، لأنه في استطاعة الادارة ، اتخاذ نفس القرار مع مراعاة الشكليات (التقيد بالحصول على الاستشارة السابقة) (١٦٥) .

وضرورة الحصول على الاستشارة السابقة من قبل الجهة المتعاقد دون الالتزام بها موضوعيا ، لا تغير من القرار النهائي للادارة في مجال العقد المراد ابرامه ، ما دامت الادارة ملزمة بالحصول على الاستشارة دون الالتزام بها موضوعيا ، لأن الادارة ستتعاقد على النحو الذي ترغب فيه حتى لو طلبت الاستشارة من الجهة المعنية .

وعلى هذا الأساس ، فان العقد المبرم من قبل جهة الادارة ، دون الحصول على الاستشارة السابقة ، هو عقد مستوفي لجميع أركانه ، من رضا ومحل وسبب ، فهو عقد مبرم من الجهة المختصة بإبرامه ، وموضوعه (محله) مطابق للعمل المبرمج لتلك الجهة ، وسببه مشروع ، لأنه يهدف الى انجاز ما هو مقرر انجازه ، ومن ثمه فانه من هذا المنظور ، يكون العقد في هذه الحالة ، صحيحا سليم الأركان واجب التنفيذ .

---

(١٦٥) أنظر - د. أحمد محيو - المنازعات الادارية - ترجمة - د. فائز أنجق ، بيوض خالد - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٣ - ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

ولكن من منظور آخر، فان ارادة الجهات الادارية لا تتكون في معظم الأحيان بمجرد افصاح جهة معينة عن ارادتها، وانما تتكون من عدة أعمال قانونية يشترك في القيام بها أكثر من عضو أو هيئة واحدة(١٦٦). وبالتالي، فان ابرام العقد من الجهة المختصة بابرامه، دون مراعاة الاستشارة السابقة، حيثما اشترطها المشرع، يجعل أحد أركان العقد وهو الرضا مختلا، ذلك أنه كان عليها أن تستشير الجهة التي حددها القانون قبل ابرام العقد حتى تكتمل ارادة التعاقد.

فارادة التعاقد من هذا المنظور معيبة بعدم استكمال الاجراءات القانونية، المتمثلة في عدم مراعاة الاستشارة السابقة قبل ابرام العقد، وبالنتيجة فان مثل هذا العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا، لا مطلقا(١٦٧).

والعقد الباطل بطلانا نسبيا، هو عقد له وجوده القانوني الكامل، وينتج كل الآثار القانونية المترتبة عليه، ولكن تنفيذه يبقى موقوفا الى غاية أن يتقرر مصيره، اما بابطاله، فتزول كافة آثاره القانونية، ويصبح كالبطلان المطلق، واما باجازته أو اقراره من الجهات التي تملك ذلك، فتترتب عليه كافة الآثار القانونية كما لو نشأ صحيحا(١٦٨).

على أنه اذا كان الأصل في النظام الرأسمالي، أن جزاء تخلف أحد أركان العقد، أو عدم توافر الشروط اللازمة في احداها، كعدم مراعاة

---

(١٦٦) أنظر - د. محمد فؤاد مهنا - المصدر السابق - ص ٧٨٢ .

(١٦٧) لأن ابرام العقد تم من طرف الجهة المختصة بابرامه، فعنصر الاختصاص أو أهلية التعاقد متوافر اذن .

(١٦٨) أنظر - د. عبدالرزاق أحمد السنهوري - المصدر السابق - ص ١٠٠ ، ١٨٥ ؛

الاستشارة السابقة على التعاقد، هو بطلان العقد. واعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، اذا كان قد تم تنفيذ جزء من العقد الباطل ، فان هذه الأصل اذا طبق في حالة مخالفة شروط ابرام العقد لقانون الخطة وأحكامها فانه يؤدي الى نتائج تخالف تماما أهداف هذه الخطة وتتعارض مع فكرة الاقتصاد المخطط (١٦٩) .

فرد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد يؤدي الى عدم تنفيذ أهداف الخطة أو على الأقل تأخير أو تعويق هذا التنفيذ، وهو ما يتنافى مع المركز المتميز للخطة في النظام الاشتراكي ، باعتبار أن هذه الخطة هي أعلى القوانين وأسمى مصادر الالتزام (١٧٠) ومن ثمة، فانه في الحالات التي لا تتقيد فيها الجهة المعنية بابرام العقد ببعض الاجراءات القانونية - كتخطي الاستشارة السابقة - فان اعتبارات الملاءمة هي التي يجب أن تكون حاسمة وليست الاعتبارات القانونية فقط .

لهذا السبب ، فان بطلان العقود في النظام الاشتراكي، اكتسب مضمونا جديدا يختلف عن مضمون البطلان التقليدي ، فهو الى جانب الأثر السلبي الذي ينتج عنه ازالة الشروط المخالفة لأحكام قانون الخطة بوجه عام، فان له أثرا ايجابيا يتمثل في اعادة التطابق بين هذه الشروط والخطة ، ويبقى العقد مستمرا في انتاج الآثار المترتبة عليه طبقا للقوانين وأنظمة التخطيط (١٧١) .

---

(١٦٩) - للتفصيل أكثر - راجع - د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ٤٣٠ وما بعدها .

(١٧٠) - نفس المصدر - ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(١٧١) - نفس المصدر - ص ٤٣٨ .

و في الجزائر، فانه على الرغم من أن قانون المخطط الخماسي الأول، قد نص على التزام جميع مؤسسات الدولة باحترام الجداول الزمنية لانجاز المشاريع المقررة ضمنه (١٧٢) وعلى الرغم كذلك من أن المرسوم المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، قد جعل العقد أداة لتنفيذ أهداف الخطة (١٧٣)، فان نصوص التقنين المدني (١٧٤) التي جاءت مشبعة بالنزعة الفردية، و مازالت كما جاءت، لاسيما في مجال البطلان (١٧٥)، حيث أن هذه النصوص، تدعو الى التمسك بالنزعة الفردية التقليدية، التي تحدد عيوب الرضا، وتأخذ في تقديرها بمعيار ذاتي، يضع في الاعتبار الأول ارادة المتعاقد ذاته ومدى تأثرها بهذه العيوب، فهي تهتم بمعالجة الخلل الواقع في شروط العقد وفقا للارادة الفردية، الأمر الذي يجعل مصير العقد متوقفا بالدرجة الرئيسية على ارادة المتعاقد، فاما أن يجيز العقد واما أن يطالب لابطاله اذا ما شاب ارادته عيب من العيوب (١٧٦)، ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وان كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل (١٧٧).

---

(١٧٢) راجع المادتين ١٣، ١٤ من قانون المخطط الخماسي سالف الذكر.

(١٧٣) أنظر المادة ٢ من المرسوم المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

(١٧٤) صدر بالأمر رقم ٧٥/٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني.

(١٧٥) المادتان ٨١، ٨٣ من القانون المدني.

(١٧٦) المادة ٩٩ من نفس القانون.

(١٧٧) المادة ١٠٣ من ذات القانون.

فوفقا لنصوص القانون المدني ، وباعتبار عدم مراعاة الاستشارة السابقة ، يشكل عيبا من عيوب الرضا ، فان العقد المبرم من جهة الادارة ، يبقى موقوفا على ارادتها الذاتية ، فان شاءت تمسكت ببطلانه ، وان شاءت أجازته ، وهو ما يتعارض نصا وروحا مع ما جاء في المخطط الوطني والمرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، الذي جعل العقد أداة لانجاز ما هو مقرر بالخطة .

لذلك يتعين النظر الى الاختلال الواقع في شروط العقد ومضمونه عموما ، وفقا للمعايير الموضوعية والثوابت المقررة ضمن أهداف المخطط الوطني (١٧٨)، فاذا تبين أن اختلال شروط العقد وتخلفها عن التنظيم القانوني، من شأنه أن يعوق أو يعطل تحقيق الأهداف المرسومة ضمن المخطط ، أو كان من شأن هذا الاختلال أن يضر بمصالح الدولة، فانه في هذه الأحوال يكون البطلان هو الجزاء الوحيد، أما اذا كان الاخلال بشروط العقد لا يؤثر على السير الحسن لانجاز الخطة، بل يدخل ضمن أهدافها المقررة، فانه يتعين ازالة هذا الخلل والاستمرار في تنفيذ العقد .

وعلى ذلك فان عدم مراعاة الاستشارة السابقة من قبل الجهة المتعاقد أو العضو المختص بابرام العقد، لا يؤدي الى بطلان العقد، ولكنه لا يمنع من مساءلة الجهة المتعاقدة أو العضو الذي لم يتقيد بطلب الاستشارة قبل ابرام العقد، وذلك تطبيقا لما جاء في القانون المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة (١٧٩)، باعتبار أن عدم مراعاة الاستشارة السابقة يعد من قبيل أعمال التسيير التي تتم باختراق قواعد ابرام وتنفيذ العقود التي يسنها قانون الصفقات العمومية (١٨٠) .

(١٧٨) راجع المادة (٥) من القانون المتضمن وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة .
(١٧٩) راجع في هذا الخصوص ـ المبحث الثاني من الفصل الأول لهذا الباب .
(١٨٠) أنظر المادة ٤٨ ـ ٩ ـ من القانون المتضمن وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة .

البَـــابُ الثّاني

القُيُودُ الوَارِدَة عَلى عَمَليّة التّعَاقُد ذَاتِها

البـــــاب الـــثانـــــي

القيـود الــواردة على عـمـلـيـة التعاقـــــد ذاتــــهـــــا

على الرغم من الأهمية القانونية والاقتصادية والفنية للقيود السابقة على التعاقد، التي سبقت دراستها، فإنه مما لا شك فيه، أن عملية التعاقد، هي أهم مرحلة في إبرام العقود التي تجريها أجهزة الدولة، ومن ثمة فإن القيود التي ترد على هذه العملية، تكون أيضا أكثر أهمية من القيود السابقة على التعاقد، في المجالات المذكورة.

ومن أهم وأبرز القيود الواردة على عملية التعاقد، هي تلك القيود التي تتعلق بالاختصاص بالتعاقد، أو التي ترد على حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها، أو تلك التي يفرضها الشكل الكتابي للعقد. لذلك سوف تقسم الدراسة في هذا الباب أيضا الى فصول ثلاثة وفقا للترتيب الآتي :-

الفصل الأول : الاختصاص بالتعاقد.

الفصل الثاني : القيود الواردة على حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها.

الفصل الثالث : القيود المتعلقة بالشكل الكتابي للعقود التي تبرمها الادارة.

الفَصْل الأوّل

الاختِصَاص بالتّعَاقُد

الفصـــــــل الأول

الاختصـــــاص بالتعـــاقـــد

يعد مبدأ الاختصاص عموما من المبادئ الرئيسية في القانون العام، وهو لا ينحصر في تحديد اختصاصات السلطات الثلاث فحسب، وانما يمتد أيضا بشكل رأسي يشمل توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة أو الجهة الادارية الواحدة .

ويبرر الفقهاء الغربيون ومن تبعهم، مبدأ الاختصاص بقولهم: انه مشروط لمصلحة الادارة نفسها، لكي يستطيع القائمون عليها التفرغ لنوع معين من الأعمال يتقنونها مع مرور الزمن، فيحققون بذلك سرعة في انجاز التصرفات والأعمال المنوطة بهم . كما أنه مشروط أيضا لمصلحة الأفراد، وذلك لتحديد المسئولية وسهولة توجيههم في الأقسام والمصالح الادارية (١٨١) .

بينما يرى الفقهاء الاشتراكيون، بأن مبدأ تحديد الاختصاص، هو ضرورة اقتضتها مصلحة المجتمع التي تنصهر فيها مصالح الأفراد جميعا في اطار التجديد الشامل، المتمثل في التملك الجماعي لوسائل الانتاج وادارتها اشتراكيا، وبالتالي ليست هناك مصلحة للادارة ومصلحة للأفراد، وانما هي مصلحة واحدة ووحيدة، هي مصلحة المجتمع، لأن القانون في ظل هذا التجديد الكلي يحدد الاختصاص ويحمي الجميع من خلال الملكية العامة لوسائل الانتاج (١٨٢) .

---

(١٨١) عن - د. الطماوي - الوجيز في القانون الاداري
دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥ - ص٦٠٢ .

(١٨٢) راجع - د. صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص٩٨ وما بعدها .

ومهما يكن ، فإن تحديد الاختصاص أمر ضروري في كلا النظامين ، وهو من عمل المشرع الذي يهدف الى توزيع الأعمال بين كافة أجهزة الدولة كي يتسنى لكل منهما القيام بما أوكل اليه من أعمال وتصرفات على أحسن وأكمل وجه ، ومن ثمة فإن التزام أجهزة الدولة بالحدود التي رسمها المشرع في مجال تحديد الاختصاص ، يصبح شيئا مهما ، لا سيما على المستوى القانوني (١٨٣) .

لذلك يعرف الفقه قواعد الاختصاص بوجه عام بأنها : تلك القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة ، سواء تعلق الأمر بالأعمال القانونية الانفرادية - القرارات الادارية - أو كان متعلقا بالأعمال القانونية الرضائية أو الاتفاقية - العقود - (١٨٤) .

وعلى هذا الأساس سوف تتم الاستعانة في دراسة هذا القيد - قيد الاختصاص بالتعاقد - بأمثلة من الأعمال القانونية الانفرادية ، الى جانب الأعمال القانونية الأتفاقية ، وذلك بقصد إبراز القيمة القانونية لهذا القيد ، وهذا من خلال المبحثين الآتيين :

<u>المبحث الأول</u> : يتضمن كيفية تحديد الاختصاص بالتعاقد .

<u>المبحث الثاني</u> : يوضح الاختصاص بالتعاقد ومدى تعلقه بالنظام العام .

---

(١٨٣) راجع - د. الطماوي - القضاء الاداري - قضاء الالغاء - دار الفكر العربي القاهرة - ١٩٧٦ - ص ٦٧٦ ، وكذلك - د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ٣٧٩ وما بعدها .

(١٨٤) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٤٤٨ ، وكذلك - د. أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - ترجمة - د. محمد عرب صاصيلا - ط ٢ - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٧٩ - ص ٣٣٦

المبحث الأول

كيفية تحديد الاختصاص بالتعاقد

لما كانت قواعد الاختصاص بالتعاقد من صنع المشرع ، أراد بها تقييد حرية أجهزة الدولة ، حتى لا تجنح عن الهدف المرسوم لها ، فإنه لا يملك إبرام العقود باسم هذه الأجهزة إلا أشخاص محددين عينهم المشرع لهذا الغرض ، والأصل - وفقا للقواعد العامة - أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم ، بحيث لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم في ممارستها (١٨٥) .

واذا كان المشرع ، هو الذي ينشئ أجهزة الدولة ويحدد اختصاصاتها ، فإنه قد يحدد هذه الاختصاصات صراحة أو ضمنا ، معتمدا في ذلك على مجموعة من العناصر .

المطلب الأول

تحديد الاختصاص بالتعاقد صراحة أو ضمنا

في الغالب الأعم ، أن يتولى المشرع تحديد الاختصاص بالتعاقد صراحة ، ولكنه يمكن أن يغفل ذلك فيحدد اختصاص جهة معينة دون أن يبين الموظف المنوط به استعماله .

أولا : تحديد الاختصاص بالتعاقد صراحة :

فالمشرع في هذه الحالة ، يبين الجهة المختصة بإبرام العقود ، ويحدد الشخص بصفته لا بشخصه ، والنصوص القانونية في هذا الاطار كثيرة ، نشير الى بعضها

---

(١٨٥) إلا في حالة - تفويض الاختصاص ، إذا كان القانون يسمح بذلك .

على سبيل المثال لا الحصر :-

المادة ٤ من قانون الصفقات العمومية (١٨٦)، التي تنص على أنه :
(لا تكون الصفقات صحيحة ونهائية إلا بعد مصادقة (١٨٧) السلطات المختصة الآتية عليها :-

- الوزير بالنسبة لصفقات الدولة .
- الوالي بالنسبة لصفقات الولايات .
- المدير ورئيس المؤسسة بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية).

المادة ٥٠ من قانون الولاية (١٨٨)، التي تنص على ما يلي :
(يتولى الوالي ... ولهذا الغرض ، فإنه يوقع الاتفاقات والعقود والصفقات المبرمة بإسم الولاية ....).

المادة ٢٢٦ من القانون البلدى (١٨٩)، التي جاء فيها :
(يقوم على وجه الخصوص رئيس المجلس الشعبي البلدى .....إبرام عقود الامتلاك والمصالحة وقبول الهبات والوصايا .....إبرام المناقصات والمزايدات الخاصة بالأشغال البلدية والاشراف على حسن تنفيذها .....).

المادة ١٤ من القانون المتضمن إحداث الحركة الوطنية للأشغال البحرية - سوناترام (١٩٠) التي تنص على أنه :

---

(١٨٦) الصادر بالأمر رقم ٩٠/٦٧ المؤرخ في ١٧ جوان سنة ١٩٦٧ .
(١٨٧) يقصد بالمصادقة في هذا النص ، التوقيع على العقود من السلطات المختصة .
(١٨٨) سبقت الاشارة اليه .
(١٨٩) تمت الاشارة اليه سابقا .
(١٩٠) سبقت الاشارة اليه .

(يتمتع المدير العام بجميع السلطات ليتمكن من تسيير الشركة كما ينبغي، ويتخذ جميع المقررات أو المبادلات الصالحة لهذا الغرض، ولا سيما :..........

- لإبرام جميع الاتفاقات وجميع الصفقات، ويبيع ويشتري جميع المنتوجات، وخاصة جميع المعدات ويعطي جميع الضمانات بإسم الشركة.......).

والذي يتبين من خلال هذه النصوص، أنه لا يجوز إبرام العقود بإسم ولحساب هذه الأجهزة، إلا من الأشخاص الذين عينهم المشرع، وهذا يعني أن العقود المبرمة من قبل تلك الأجهزة لا تكون صحيحة ومنتجة لآثارها، إلا اذا كان موقعا عليها من طرف الأشخاص الذين حددهم المشرع صراحة بصفتهم .

ثانيا : تحديد الاختصاص بالتعاقد ضمنيا :

يحدد المشرع في هذه الحالة ، الاختصاص بالتعاقد لجهة معينة، دون أن يبين الشخص الذي يختص بابرام العقود والتوقيع عليها باسم ولحساب تلك الجهة ، ومن ثمة فان الاختصاص بابرام العقد، ينعقد للشخص الذي يتفق هذا الاختصاص مع واجبات وظيفته .

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٥ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (١٦١) ، حيث جاء فيها :(يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي :

- جميع الادارات العمومية .
- " المؤسسات والهيئات العمومية .
- " " الاشتراكية .

(١٦١) سبقت الاشارة اليه .

- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات...... (١٩٢) .

فحسب هذا النص يستخلص ضمنا ، أن الاختصاص بالتعاقد من طرف المتعاملين العموميين ، ينعقد للموظفين الذين يرأسون هذه الادارات والمؤسسات العمومية ، فالوزير بالنسبة للعقود التي تبرمها ادارته المركزية ، والمدير العام بالنسبة للعقود التي تبرمها المؤسسات العامة ، ومسؤول الهيئة بالنسبة للعقود المبرمة من قبل الهيئات العامة وهكذا ......، لأن الاختصاص بابرام العقود يتفق مع الواجبات الوظيفية لهؤلاء الأشخاص أو الموظفين .

ومن أحكام القضاء في خصوص تحديد الاختصاص الضمني (١٩٣)، نسجل حكم المحكمة الادارية العليا المصرية ، المؤرخ في ١٩٦٠/٠٥/٠٩ الذي جاء فيه : (أن قرار مجلس الوزراء .....الصادر بشأن اصلاح الحرمين الشريفين، ولئن لم ينص صراحة على الجهة المختصة بمنح بدل السفر، إلا أن هذا الاختصاص يثبت ضمنا لوزير الأشغال باعتباره مكملا للمهمة الأصلية) (١٩٤) .

---

(١٩٢) ذكر هذا النص على سبيل المثال لتوضيح تحديد الاختصاص الضمني من طرف المشرع، لأن الموظفين الذين لهم صلاحية ابرام العقود والتوقيع عليها باسم ولحساب الجهات التي وردت بالنص ، قد حددتها قوانين متفرقة، وقد سبقت الاشارة إلى بعض منها أثناء الكلام عن تحديد الاختصاص بالتعاقد صراحة .

(١٩٣) لمزيد من التفصيل في هذا الخصوص راجع : د. الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٦٦ - ص ٢٢١ وما بعدها . وكذلك قضاء الالغاء - لنفس المؤلف - المصدر السابق - ٦٧٩ وما بعدها .

(١٩٤) عن - د. الطماوي - قضاء الالغاء - ص ٦٧٨ .

وتجدر الاشارة في هذا الصدد، الى أن المشرع في تحديده للاختصاص بالتعاقد ، صراحة أو ضمنا ، قد يعهد به الى فرد معين أو الى جهة بذاتها ، دون مشاركة، وقد يخول عدة موظفين أو هيئات ممارسته كلا على حده (١٩٥) ، وقد يشترط لممارسة هذا الاختصاص مشاركة عدة أفراد أو هيئات وتعاونها معا ، بحيث لا يمكن ابرام التصرف إلا بموافقتها جميعا (١٩٦) .

المطلب الثاني

عناصر تحديد الاختصاص بالتعاقد

واذا كان المشرع ، هو الذي يملك تحديد الاختصاص بالتعاقد صراحة أو ضمنا - كما سبق بيان ذلك - فإن الفقه والقضاء الاداريين لم يدخرا جهدا في ميدان إبراز العناصر التي تتحدد على ضوئها قواعد الاختصاص بالتعاقد، ونتيجة لهذا الجهد المشترك أصبحت قواعد تحديد الاختصاص بوجه عام تتحدد بالعناصر الآتية :-

أولا : العنصر الشخصي في تحديد الاختصاص بالتعاقد :-

ومقتضى هذا العنصر، أنه يستلزم أن يصدر التصرف القانوني من الشخص أو الهيئة التي حددها المشرع ، ومن ثمة يجب أن يكون لمصدر التصرف

---

(١٩٥) من أمثلة ذلك - الموافقة السابقة على التعاقد - راجع الفصل الثاني من الباب الأول لهذه الرسالة .

(١٩٦) من أبرز الأمثلة في هذا الشأن ، القرارات التي تصدر من وزيرين أو عدة وزراء .

القانوني ، وجودا قانونيا وسلطة التعبير عن ارادة الدولة (١٩٧) .

وعلى هذا الأساس ، فانه يثبت الاختصاص بالتعاقد لعضو الادارة بقرار تعيينه اذا كان فردا ، وبالقرار الصادر بتشكيله اذا كان هيئة ،وبالتالي تتوقف شرعية التصرفات القانونية الصادرة من عضو الادارة أو الهيئة الادارية على شرعية قرار التعيين أو التشكيل (١٩٨) .

ويترتب على ما تقدم : بطلان التصرفات القانونية المبرمة من رجل الادارة الذي عين تعيينا باطلا ، وانعدام التصرفات التي أجراها شخص أو هيئة لم تعين على الاطلاق (١٩٩) .

على أن ما يخفف من شدة هذه النتيجة ، هو نظرية الموظف الفعلي (٢٠٠) لأنه قد يحدث فعلا ، أن تكون لشخص ما جميع مظاهر الموظف المنتظم ، ويقوم بأعمال وتصرفات يحترمها المتعامل معه أو الغير بصفة عامة ، اعتقادا منهم بأنه الموظف المختص قانونا بابرام التصرفات القانونية ،لذلك ، فانه من غير المناسب أن يكون هؤلاء الذين يتعاملون عن حسن نية ، ويجهلون انتفاء أو عدم شرعية التكليف لذلك الموظف ، محرومين من أي طعن أو طلب تعويض حسب النتائج المترتبة على الانعدام .

لهذا فان المشرع نفسه يكرس أحيانا ، نظرية التسيير الفعلي ، كما يظهر من نص المادتين ٢٨٠ ، ٢٨١ من القانون البلدي (٢٠١)، حيث اعتبرت كحاسب

---

(١٩٧) راجع - د. الطماوي - قضاء الالغاء - المرجع السابق - ص ٦٧٩

(١٩٨) أنظر لنفس المؤلف - النظرية العامة للقرارات الادارية - المصدر السابق - ص ٢٩٤ ، ٢٩٥

(١٩٩) أنظر د. أحمد محيو - المنازعات الادارية - المصدر السابق - ص ١٨٠

(٢٠٠) راجع - د. الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - المصدر السابق - ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢٠١) سبقت الاشارة اليه .

فعلى كل شخص يتدخل بدون اذن قانوني في ادارة الأموال البلدية، والمادتان ٣٩ ، ٤٦ من القانون المتضمن وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة(٢٠٢) ، اللتين أكدتا نفس المعنى .

ثانيا : العنصر الموضوعي في تحديد الاختصاص بالتعاقد :-

لا يقف المشرع عند تعيين الأشخاص الذين لهم حق ممارسة الاختصاصات القانونية، والتي منها ابرام العقود، وانما يحدد لكل شخص التصرفات والعقود التي يجوز له اجراؤها ، وبالتالي يتعين عليه أن يقتصر على ما ذكره المشرع صراحة أو ضمنا ، فاذا ما خرج على الحدود التي رسمها المشرع ، وحاول أن يبرم عقودا لم يجعلها المشرع من اختصاصه، كانت هذه العقود باطلة (٢٠٣) .

ويتخذ خروج رجل الادارة أو الهيئة على القيود الموضوعية لاختصاصاته احدى الصور الآتية :

الصورة الأولى : الاعتداء على اختصاص جهة ادارية لا تمت بصلة الى الجهة التي أبرمت العقد : وهذه الحالة يكون مرجع العيب فيها الى عدم احترام قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الادارية، ومع ذلك يعتبر العيب من قبيل اغتصاب السلطة، بالنظر الى جسامته، ومن أمثلة ذلك ، أن يبرم وزير المالية

---

(٢٠٢) سبقت الاشارة اليه .

(٢٠٣) أنظر : F R A N C O I S - L L O R E N S - المصدر السابق - ص ١٩٩، ٢١١

وكذلك - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٣٠٩ .

عقدا يدخل في اختصاص وزير الداخلية أو وزير البناء والتعمير والاسكان(٢٠٤)

الصورة الثانية : اعتداء هيئة مرؤوسة على اختصاص هيئة عليا:

وهذه الصورة من عدم الاختصاص بالتعاقد موضوعيا ، تظهر مثلا عندما يبرم المدير العام عقدا هو من اختصاص الوزير ، أو أن الوزير يبرم تصرفا قانونيا هو من اختصاص مجلس الوزراء أو رئيس الجمهورية ، وفي هذا الخصوص قرر المجلس الأعلى في حكمه الصادر في ١٩٦٦/٠٥/٠٢ (٢٠٥) (بأن الهيئة البلدية عندما تعزل شرطي البلدية تتجاوز سلطتها التي تقوم أساسا على توقيفه عن العمل لمدة أقصاها شهر واحد ، أما العزل فمن اختصاص الوالي) .

الصورة الثالثة : اعتداء الهيئة العليا على صلاحيات الهيئة الدنيا:-

اذا كانت القاعدة أن للرئيس الاداري هيمنة تامة على أعمال مرؤوسه ، بحيث يستطيع أن يراقب أعماله بعد صدورها ، بل وله أن يوجهه على سبيل الالزام قبل ابرام التصرفات القانونية ، فان هناك حالات معينة خول فيها المشرع الهيئة المرؤوسة صلاحيات معينة تمارسها ، سواء في مجال اصدار القرارات أو في مجال ابرام العقود - دون معقب عليها ، لأن القانون يحمي ميدان اختصاص الهيئة الدنيا .

---

(٢٠٤) ومن أحكام المجلس الأعلى في هذا الصدد ، حكمه المؤرخ في ٢٠ / ٠١ / ١٩٦٧ الذي قضى فيه بمنع تدخل وزير الفلاحة والاصلاح الزراعي في صلاحيات وزير المالية ، الذي يتعين عليه ممارسة سلطة الرقابة على مؤسسات التأمين. أنظر د.أحمد محيو - المنازعات الادارية - المصدر السابق - ص ١٨٢ .

(٢٠٥) - عن نفس المصدر - ص ١٨١ .

وفي هذا الخصوص نص القانون البلدي (٢٠٦) على أن للوالي حق المصادقة على القرارات البلدية أو إلغائها ، وليس بإمكانه تعديلها أو إحلال نفسه محل البلدية ، واذا حدث وقام بذلك فإنه يرتكب تجاوزا للسلطة بسبب عدم الاختصاص (٢٠٧) .

كما أن الوزير يعد مخالفا لقاعدة الاختصاص ، عندما يقوم بتدابير الوضع تحت حماية الدولة ، لأن هذا الاختصاص يعود للوالي أصلا (٢٠٨) .

ثالثا : العنصر المكاني في تحديد الاختصاص بالتعاقد :-

ويقصد به ، أن تتقيد الهيئة أو الجهة المعنية بالدوائر المكانية التي حددها المشرع في مباشرة اختصاصاتها ، لأنه اذا كان لبعض رجال الادارة الحق في ممارسة اختصاصاتهم على إقليم الدولة كله ، كرئيس الجمهورية والوزراء ونوابهم ، فإن المشرع كثيرا ما يحدد النطاق المكاني الذي لا يجوز لرجل الادارة أو الهيئة أن تتعداه حين تمارس اختصاصها (٢٠٩) ، فالوالي لا يجوز له مثلا ، أن يبرم تصرفا قانونيا إلا في نطاق الحدود الاقليمية للولاية التي يمثلها ، وكذلك الأمر بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي ، ومدير المؤسسة الولائية .

---

(٢٠٦) تمت الاشارة اليه .

(٢٠٧) أنظر المادتين ١٣٠ ، ١٣١ من نفس القانون .

(٢٠٨) راجع حكم المجلس الأعلى المؤرخ في ١٩٦٧/٠١/٢٠ - وقد أشار الى هذا الحكم - د. أحمد محيو - المنازعات الادارية - المصدر السابق - ص ١٨٢ .

(٢٠٩) أشار المادة ٥٠ من قانون الولاية ، والمادة ٢٢٦ من قانون البلدية .

لذلك ، فإنه اذا حدث أن قام الوالي بإبرام عقد أشغال عامة ، بشق طريق لا يدخل في نطاق حدود ولايته اعتبر هذا العقد معيبا بعدم الاختصاص المكاني ، وبالتالي يتعين إبطاله ، ويظهر هذا القرار في الغموض الذي يحدث أثناء التقسيم المستجد في الولايات والبلديات ، على أن مثل هذه الحالات نادرة الحدوث لأن الموظفين في الهيئات المحلية والمؤسسات التابعة لها عادة ما يعرفون الحدود الجغرافية لاختصاصاتهم .

رابعا : العنصر الزماني في تحديد الاختصاص بالتعاقد :-

في الغالب الأعم أن ينظم المشرع كيفية مزاولة الاختصاص بالتعاقد من حيث الزمان ، والقيود التي يضعها في هذا الخصوص متعددة. فالموظف غير خالد في منصبه والمجالس المنتخبة واللجان لها مدة محدودة ومعروفة ، ودورات انعقادها معينة ، ويجب عليها احترامها . لذلك فإن مخالفة هذه القيود يؤدي لا محالة الى بطلان التصرفات القانونية والتي منها العقود المبرمة .

وفي هذا الشأن قضت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١١ / ٠٥ / ١٩٥٥ الذي تقول فيه : (إن مبدأ الاختصاص من حيث الزمان - باعتباره عيبا متعلقا بالنظام العام - لا يمكن الاتفاق على مخالفته ،وأن جزاء الإلغاء آيته ألا يباشر الموظف اختصاص وظيفته بعد الأجل الذي يجوز له فيه ذلك ، وينتهي ذلك الأجل إما بنقل الموظف أو ترقيته أو فصله أو إبلاغه القرار الخاص بذلك وإلا تجاوز اختصاصه وتعداه الى اختصاص خلفه)(٢١٠).

---

(٢١٠) عن د. الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - المصدر السابق - ص ٣٢٤ .

وتجنبا لعدم الوقوع في مثل هذه الحالات من عدم الاختصاص بوجه عام ، يجري العمل في ميدان التطبيق العملي عادة بتنصيب الأعوان ذوي الاختصاصات الهامة بشكل رسمي أو بإجراء عملية نقل السلطة ، كما هو الحال في تنصيب الولاة والمديرون العامون سواء على مستوى الوزارات أو على مستوى المؤسسات الاشتراكية والهيئات العمومية (٢١١) .

---

(٢١١) أنظر - أحمد محيو - المنازعات الادارية - المرجع السابق - ص ١٨٠ وما بعدها .

المبحث الثاني

الاختصاص بالتعاقد من النظام العام

ولما كان تحديد الاختصاص بالتعاقد من عمل المشرع، وهو يعني صلاحية رجل الادارة للقيام بما عهد اليه في اطار الحدود الموضوعية والمكانية والزمانية التي بينها القانون ، فانه يتعين على الجهات التي حددها المشرع وأعطى لها صلاحية ابرام العقود، أن تحترم هذا القيد في جميع عناصره والا تحيد عنه، والا تعرضت عقودها للبطلان أو الانعدام ، ذلك لأن عيب الاختصاص بالتعاقد كان ولا يزال هو العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام (٢١٢) .

لذا فانه يبدو من الضروري دراسة النتائج الايجابية المتمثلة في الزامية التقيد بمبدأ الاختصاص بالتعاقد، والنتائج السلبية المتمثلة في الجزاء المترتب على مخالفة هذا المبدأ ، في المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول

نتائج التقيد بمبدأ الاختصاص بالتعاقد

ان المشرع وهو يفرض قيد الاختصاص بالتعاقد على أجهزة الدولة ويجعله متعلقا بالنظام العام، لا يهدف الى عرقلتها ، بل بالعكس فهو يتوخى

(٢١٢) للمزيد من التفصيل في هذا الشأن راجع :

- د. الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية - ص٣١٢ ، قضاء الالغاء ٦٨٠ ، الوجيز في القانون الاداري ٦٠٣ ، - د. أحمد محيو - المنازعات الادارية - المصدر السابق - ص١٨٢ - MOHAMED KOBTAN - المصدر السابق - ص ٤١ وما بعدها ، - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص١٩٦ و ما بعدها ، - مجلة المحامون - العدد ٤٥٣ لسنة ١٩٧٠ - ص١٥٦ اجتهاد .

رسم الحدود الواضحة لكل جهاز حتى يمارس اختصاصه في الاطار القانوني السليم، بعيدا عن الغموض والتداخل في الصلاحيات بينه وبين الأجهزة الأخرى ايجابا أو سلبا (٢١٣) . ومن ثمة فان النتائج التي تترتب على التقيد بمبدأ الاختصاص بالتعاقد تكون في غاية الأهمية، وهذه النتائج هي :-

أولا : الاستعجال يبرر مخالفة قواعد الاختصاص بالتعاقد :

وحالات الاستعجال المقصودة هنا، هي تلك الحالات المألوفة وغير الاستثنائية، والتي يتعلق موضوعها باستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من أجهزة الدولة المعنية (المتعاملون العموميون) السرعة في البت بحكم طبيعتها والتضارب السريع في أسعارها وتوفرها، وكذلك الممارسات التجارية الجارية عليها (٢١٤) . ففي مثل هذه الحالات، فانه لا يجوز لأي جهاز من أجهزة الدولة أن يخالف قواعد الاختصاص بالتعاقد المرسومة له من طرف المشرع، وان فعل ذلك بحجة السرعة في المعاملة والتضارب في الأسعار، اعتبر تصرفه القانوني المتمثل في ابرام العقد من جهة غير مختصة بابرامه، باطلا ولا أثر له من الناحية القانونية .

أما في الحالات الاستثنائية، فانه تراعى أحكام نظرية الظروف الاستثنائية التي تؤدي الى توسيع نطاق المشروعية مؤقتا، وحالة الضرورة. ومع ذلك فان أجهزة الدولة حتى في مثل هذه الحالات، ليست طليقة من كل قيد، بل تبقى خاضعة لرقابة القضاء، ولكن ليس على أساس التحقق من مدى مشروعية العقود المبرمة من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، ولكن على أساس توافر الحالات والضرورات التي استدعت الخروج على مبدأ الاختصاص بالتعاقد، وعلى أساس الضرورات بقدرها، فان لم تتوافر هذه الضوابط فصلا،

---

(٢١٣) وعدم الاختصاص السلبي يتمثل في امتناع رجل الادارة أو جهاز معين عن ممارسة اختصاص ما لاعتقاده منه أنه من صلاحيات جهة أخرى، في حين أن ممارسة هذا الاختصاص تعود اليه أصلا .

(٢١٤) - أنظر - المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي سالف الذكر - وما نص عليه في المادة ٧ منه .

فلان العقد المبرم يقع باطلا (٢١٥) .

ثانيا : العقد المعيب بعدم الاختصاص لا يمكن تصحيحه :

اذا ولد العقد معيبا بعدم الاختصاص ، فلانه لا يمكن تصحيحه بلاجراء لاحق من الجهة المختصة ، فلاذا أبرم العقد مثلا من غير الجهة المختصة بلابرامه قانونا ، فلانه لا يصحح بالاعتماد فيما بعد من الجهة صاحبة الاختصاص بل يجب أن تقوم هذه الأخيرة ، بلابرامه انشائيا وفقا للصلاحيات المخولة لها (٢١٦) .

ثالثا : عدم امكانية الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص بالتعاقد :

وباعتبار أن قواعد الاختصاص بالتعاقد تتعلق بالنظام العام ، فلانه لا يمكن للادارة أن تتفق مع الأشخاص الأخرى أو الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص في عقد من العقود المبرمة بينها وبينهم ، لأن هذه القواعد لانما وضعت لتقييد حرية الادارة تحقيقا للصالح العام . وهذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ٢٧ / ٠١ / ١٩٥٧ الذي جاء فيه :(..... ومن ثمة فلا يمكن لجهة الادارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص في عقد من العقود المبرمة بينها وبينهم ، لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الادارة فتتنازل عنها كلما شاءت ، ولكن قواعد الاختصاص لانما شرعت لتضع قواعد قانونية ملزمة للادارة تحقيقا للصالح العام) (٢١٧) .

---

(٢١٥) أنظر حكم المجلس الأعلى المؤرخ في ١٩٦٩/٠٧/٠٣ الذي أشار اليه د.أحمد محيو في مؤلفه المنازعات الادارية - المصدر السابق - ص١٨٣ وكذلك حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٣/٠٤/١٤ الذي أشار اليه - د.الطماوي في مؤلفه - قضاء الالغاء - المصدر السابق - ص ٦٨١ ، ٦٨٢ .

(٢١٦) أنظر - د.الطماوي - قضاء الالغاء - المصدر السابق - ص ٦٨١ ، ٦٨٢ .

(٢١٧) عن د.الطماوي - نفس المرجع - ص ٦٨٥ - وكذلك أنظر - د.أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - المرجع السابق - ص ٣١٦ ، ٣٦٥ .

المطلـــب الثانـــي

جـزاء مخالفـة قواعـد الاختصاص بالتعاقـــــد (البطـلان أو الانعـدام) .

يترتب على مخالفة قواعد الاختصاص في مجال عقود الادارة عدم مشروعية العقد، ولكن ما مـدى جسـامـة عدم المشروعيـة في هذه الحالـة ؟ .

لقد حاول الفقه الفرنسي أن يميز بين البطلان والانعدام، مركـــزا على فكرة الانعدام سواء فيما يتعلق بالعقود أو القرارات، فالفقيه - جـيز - مثلا يرى بأن توقيع العقد من الجهة الادارية غير المختصة بتوقيعه لا يجعله باطلا فحسب، وإنما يجعله منعدما، أما الفقيه - دي لوبادير - فيرى أن رأي - جيز - مغالى فيه، وأن العقد لا يكون منعدما إلا اذا لم يتم ابرامه أصلا من السلطة المختصة أو غيرها، ولكن العقد الذي يوقعه موظف غير مختص بتوقيعه هو عـقـد باطل لا معدوم، ولكنه يسارع الى توكيد أن هذا البطلان هو بطلان مطلق، لأن قواعـد الاختصاص تتعلـق بالنظـام العام (٢١٨) .

واذا كان الفقه الفرنسي يميز بين الانعدام والبطلان، فان ذلـــك يعود دون شك الى تأثر هذا الفقـه بالنظرية التقليدية، التي تقسم البطلان الى

(٢١٨) راجـع في هذا الخصـــوص :-

د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٥٣، ٣٥٤

- A. DE LAUBADERE - Traité de Droit Administratif 8e Edition - L . G . D . J . Paris.1980 - P. 372.

- FRANCOIS LLORENS. L'ouvrage précédent - p. 211.

ثلاث مراتب : الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي .

وأساس هذا التقسيم الثلاثي للبطلان ، ينبني على أن للعقد أركان وللأركان شروط صحة . فاذا نقص ركن من الأركان انعدم العقد ، واذا اختل ركن في أحد شروط صحته - باستثناء شروط صحة الرضا - كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، كما لو كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين أو كان السبب مخالفا للنظام العام أو للآداب . أما اذا استوفت الأركان شروطها ، ولكن الرضا صدر غير صحيح ، بأن صدر من ناقص الأهلية أو شابه عيب من العيوب المعروفة - الغلط - التدليس - الاكراه - كان العقد باطلا بطلانا نسبيا (٢١٩) .

على أن هذا التقسيم الثلاثي للبطلان الذي يميز بين الانعدام والبطلان المطلق يصطدم مع المنطق وليس له فائدة عملية .

أما لأنه يصطدم مع المنطق ، فلأن العقد الباطل بطلان مطلقا ليس له وجود قانوني ، فهو يستوى مع العقد المنعدم في الانعدام ، ولا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداما من العقد الباطل بطلانا مطلقا ، لأنه لا يمكن أن يكون هناك تفاوت في العدم . أما اذا قيل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا له وجود فعلي دون أن يكون له وجود قانوني ، فان هذا ينطبق أيضا على العقد المنعدم ، والا فأين ذلك الشيء الذي ليس له وجود فعلي ، وما الذى يدعو الى البحث فيه اذا لم يكن له وجود ؟ (٢٢٠) .

---

(٢١٩) أنظر - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - المصدر السابق - ص ١٨٢ .

(٢٢٠) راجع - نفس المؤلف - المصدر السابق - ص ١٨٠ .

ثم أن القول بالانعدام يؤدى الى نتيجة غير منطقية، وهي عدم قبول دعوى إبطال العقد المنعدم، لأنه لم يتكون أصلا ، وبالتالي فلا محل لطلب ابطاله، لأنه لا يمكن اعدام المعدوم (٢٢١) .

لذلك كله يحاول الفقه والقضاء الفرنسي أن يخفف من شدة هذه النتيجة - نتيجة التمييز بين الانعدام والبطلان - بإقرار نظرية الموظف الفعلي (٢٢٢) .

أما أن التمييز بين الانعدام والبطلان ، ليس له قاعدة عملية، فذلك ظاهر من أحكام كل من النوعين . ففي كليهما لا ينتج العقد أثرا قانونيا وكل منهما يتمسك به من له مصلحة في ذلك ، وللمحكمة أن تحكم فيهما من تلقاء نفسها، ولا تلحق الاجازة أو الاقرار أي منهما ولا يصححهما التقادم (٢٢٣) .

ويؤيد - د. الطماوى - هذا الاتجاه بقوله (٢٢٤) : أنه لا فارق بين الانعدام والبطلان المطلق في هذا الصدد، مادام الفقه والقضاء يسلمان بأ ن

---

(٢٢١) أنظر - د. الطماوى - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٣٦٦ .

(٢٢٢) راجع المطلب الثاني من البحث الأول لهذا الفصل ، حيث تم التعريف بهذه النظرية وموقف المشرع الجزائرى منها .

(٢٢٣) راجع د. عبد الرزاق أحمد السنهورى - نفس المصدر - ص ١٨٣ .

(٢٢٤) راجع - مؤلفه - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٥٣ ، ٣٥٤ - وأنظر كذلك لنفس المؤلف - مبادئ القانون الاداري - الكتاب الثالث - أموال الادارة العامة وامتيازاتها - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٣ - ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

البطلان في هذه الحالة لا يمكن أن يصححه التقادم ولا الاقرار من جهة الادارة المختصة .

وعلى هذا الأساس تكون التفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق التي ينادي بها كل من الفقه والقضاء الفرنسي ، هي تفرقة تحكمية تفتقر للأسباب المنطقية والعملية ، ولا يبرر وجودها أي شيء إلا التعبير اللفظي - الاصطلاحي - الذي اعتاد رجال الفقه والقضاء الفرنسي استعماله نتيجة تأثرهم بالنظرية التقليدية التي تميز بين أنواع ثلاثة من البطلان .

والخلاصة ، هي أن الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الاختصاص بالتعاقد يتمثل في بطلان العقد بطلانا مطلقا ، ومن ثمة فإن الشخص المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة بطلان العقد على أساس الرابطة التعاقدية ، وإنما على أساس المسئولية التقصيرية أو على أساس نظرية الاثراء بلا سبب إن توافرت - شروطهما (٢٢٥) .

---

(٢٢٥) للمزيد من التفصيل في هذا الخصوص - راجع - د. طعيمة الجرف - المصدر السابق - ص ٢٢٢ ، وكذلك - ص ٦٢ الهامش رقم (١) من هذا البحث .

الفصل الثاني

القيود الواردة على حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها

الفصل الثاني

القيود الواردة على حرية الادارة

في اختيار المتعاقد معها .

ان موضوع كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها ، يعتبر من أبرز الموضوعات التي نالت اهتماما كبيرا ليس فقط على المستوى الداخلي لكل دولة ، بل ظهرت أهميته على المستوى الدولي منذ فترة متقدمة .

فلقد تمت دراسة هذا الموضوع في المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الادارية الذي عقد في شهر سبتمبر من سنة ١٩٥٦ بالعاصمة الاسبانية - مدريد - وقد كشفت اجابات الوفود في هذا الموضوع (موضوع اختيار الادارة للمتعاقد معها) عن انقسام الدول في هذا الصدد الى مجموعتين كبيرتين (٢٢٦) .

المجموعة الأولى : وهي دول ليست بها اجراءات وقواعد محددة للتعاقد ، وتمتاز هذه المجموعة من الدول بوجود موظفين عموميين مختصين بابرام العقود ، يتمتعون بقدر من الحرية في اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه (٢٢٧) .

ومع ذلك فانه بامعان النظر في نظام هذه المجموعة من الدول ، نجد أن هذا القدر من الحرية الذي يتمتع به هؤلاء الموظفين ، مقيد اداريا وماليا .

---

(٢٢٦) أشار الى هذا المؤتمر كل من - د. الطماوي - في مؤلفه - الأسس العامة للعقود الادارية - ص٢٠٦ ، و - د. محمود حلمي - في مؤلفه - العقد الاداري - دار الفكر العربي القاهرة - ١٩٧٧ - ص٣٠ الهامش رقم (١) .

(٢٢٧) من دول هذه المجموعة : بريطانيا وممتلكاتها - فنلندا - ايرلندا - هاييتي .

فهو مقيد اداريا عن طريق رقابة رؤسائهم، وعن طريق وجوب احترام الاجراءات الادارية المقررة قانونا، وهو مقيد ماليا بواسطة رقابة أجهزة المحاسبة.

المجموعة الثانية : وهي دول بها قواعد واجراءات محددة للتعاقد، اذ توجد فيها تشريعات تنظم كيفية ابرام العقود، غير أن هذه المجموعة من الدول تنقسم الى قسمين :-

القسم الأول : يجعل للادارة حرية واسعة بعض الشيء في اختيار طريقة التعاقد، فلها أن تلجأ الى الطريق المنظم لابرام العقود، وحينئذ يتعين عليها أن تحترم أو تتقيد بقواعده، ولكن يحق لها الا تلجأ الى الطريق الذي ينظم ابرام العقود في بعض الحالات، وبذلك تتحرر نوعا ما من القيود التي يفرضها ذلك النظام (٢٢٨).

القسم الثاني : يجعل التنظيم اجباريا، بحيث تلتزم الادارة باتباع الأسلوب المقرر قانونا، ولكن منها من يجعل القيد عاما ينطبق على جميع العقود (٢٢٩)، ومنها من يأخذ بنظام مزدوج، فيفرض القيد في حالات، ويسمح بالتحرر منه في حالات أخرى (٢٣٠).

واذا أردنا أن نصنف الجزائر في اطار هذا التقسيم، فنقول، بأنها تصنف بين تلك المجموعة من الدول التي بها اجراءات وقواعد محددة للتعاقد، كما أنها تدخل ضمن الدول التي تجعل التقيد بتلك القواعد والاجراءات اجباريا، بحيث

---

(٢٢٨) من هذه الدول : اليونان، هولندا، المانيا الفيدرالية، سويسرا، الدانمارك

(٢٢٩) من الدول التي تجعل القيد عاما - بلجيكا، الشيلي، اسبانيا، النرويج، فيتنام، فرنسا.

(٢٣٠) من الدول التي تأخذ بالنظام المزدوج - اليابان، السويد، يوغسلافيا، تركيا، لكسمبورج.

تلتزم الادارة باتباع الأسلوب المقرر قانونا (٢٣١) .

وأعتقد بأن الذي جعل المشرع الجزائري يسلك هذا الطريق ، يعـود أساسا الى سببين رئيسيين :

أما **السبب الأول** فيتمثل في أن التشريع الاداري الجزائري عموما يسير على النمط الفرنسي ، الذي يجري على منح الادارة صلاحيات واسعة فيما يتعلق بأداء وظائفها ، ولكنه يقيد ها الى حد كبير فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها (٢٣٢).

وأما السبب الثاني ، فيكمـن في أسلوب التنمية الاشتراكي الـذي انتهجته البلاد ، حيث في ظل هذا الأسلوب يخضع كل شيء لمبدأ التخطيط الـذي تحدد فيه جميع المهام الملقاة على عاتق أجهزة الدولة ، وعلى هذه الأخيرة أن تقوم بما هو ضروري لتنفيذ الخطة المرسومة من قبل الدولة ، وبالتالي فإن العقد في النظام الاشتراكي هو أداة لتنفيذ الخطة ، وأن الادارة ملزمة بالتقيد بما ورد في هذه الخطة سواء من حيث إعداد صفقاتها وابرامها أو من حيث تنفيذ ها (٢٣٣) .

وباعتبار أن الجزائر من ضمن الدول التي تجعل التنظيم إجباريا في مجال ابرام العقود ، فإن قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ يأخذ بثلاثة أساليب

---

(٢٣١) أنظر المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، ولا سيما المادة الثالثة منه .

(٢٣٢) أنظر في هذا الخصوص : د.أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية المرجع السابق - ص٣٦٦ - وكذلك - د.الطماوي - الأسس العامة للعقـود الادارية - المصدر السابق - ص٢٠٧ - وأيضا :

Michel Villard Yves Bachelot et Jean-Michel Romiro -Droit et Pratique des Marchés publics de Travaux - Editions du Moniteur(Paris)1981 p.70.

(٢٣٣) راجع المادتين ٢٥١ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - مشار إليه - وكذلك د.صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦٢ ، ٦٣ .

لاجراء العقود، المناقصة ، استدراج العروض (طلب العروض)، والصفقة بالتراضي (٢٣٤)، وأن أي من هذه الأساليب هو لزامي ، حين تتجاوز قيمة العمل أو التوريد المبلغ المحدد قانونا (٢٣٥) .

غير أن المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، قد حصر هذه الأساليب في أسلوبين رئيسيين هما :-
أسلوب الدعوة للمنافسة وأسلوب التعاقد بالتراضي، حيث جاء في المادة ٢٦ منه ما يلي : (يبرم المتعامل العمومي صفقاته تبعا للاجراء الخاص بالتراضي أو الاجراء الخاص بالدعوة للمنافسة) .

وتماشيا مع ما جاء به هذا المرسوم، نقسم هذا الفصل الى مبحثين، نخصص أولهما الى أسلوب الدعوة للمنافسة والمراحل التي يمر بها ، ونفرد ثانيهما الى أسلوب التعاقد بالتراضي .

---

(٢٣٤) راجع المواد : ٣٢ ، ٤٢ ، ٦٠ من نفس القانون .

(٢٣٥) أنظر المادة ٦٢ من نفس القانون التي تبين الحد الذي يسمح فيه للادارة باللجوء الى الاتفاق مع الطرف الثاني بناء على المذكرات أو الفواتير .

المبحث الأول

أسلوب التعاقد عن طريق الدعوة للمنافسة والمراحل التي يمر بها.

لقد عرفت المادة ٢٨ من المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي سالف الذكر - أسلوب الدعوة للمنافسة بأنه: (إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عروضا أفضل).

وعلى هذا الأساس ، فإن هذا الأسلوب أي أسلوب الدعوة للمنافسة يمر بعدة مراحل تهدف في مجموعها الى تقييد حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها ، ومن ثمة فإنه يتعين تقسم هذا المبحث الى مطلبين ، الأول يتضمن أسلوب التعاقد عن طريق الدعوة للمنافسة ، والثاني يحتوي على المراحل التي يمر بها ابرام العقد وفقا لأسلوب الدعوة للمنافسة.

المطلب الأول

أسلوب التعاقد عن طريق الدعوة للمنافسة.

لقد بينت المادة ٢٩ من المرسوم المذكور أعلاه، بأن الدعوة للمنافسة يمكن أن تكون وطنية أو دولية ويمكن أن تتم حسب الأشكال الآتية :-

- الدعوة للمنافسة المفتوحة أو المحدودة.

- الاستشارة الانتقائيــة.
- المسابقــة .
- المناقصـة .

ونتناول هذه النقاط في الفقرات الآتيــة :-

أولا : الدعوة للمنافسة المفتوحة أو المحدودة : (٢٣٦)

إن الدعوة للمنافسة عموما ، هي طريقة من طرق التعاقد ، تستهدف إخضاع التعاقد لأكبر قدر ممكن من المنافسة ، عن طريق اتباع اجراءات المناقصة ، ولكن دون إلزام الادارة أو تقييدها باختيار متعاقد معين، وهذا هو الفـــارق الجوهري بين التعاقد بهذا الأسلوب وبين التعاقد الذي يوجب القانون ابرامــه عن طريق اتباع أسلوب المناقصات والمزايدات العامة ، لأن هذه الطريقة الثانيـة يجب أن تقوم على مبدأ آلية الارساء(٢٣٧) .

والدعوة للمنافسة على هذا النحو يمكن أن تجرى طبقا لإحدى صـــور المناقصة أو المزايدة العامة المعروفة ، فيمكن أن توجه الدعوة للمنافسة الـى جميع المؤسسات والشركات والمقاولات ، وحينئذ يطلق على هذه الطريقة تسميـــة

---

(٢٣٦) راجع في هذا الخصوص :-
- د.عوايدي عمار - دروس في القانون الاداري - ديوان المطبوعـــات الجامعية - الجزائر - ١٩٧٩ - ص ٢٦٢ .
- د. محمد أنس قاسم - النظرية العامة لأملاك الادارة والأشغال العموميــة ١٩٨٣ - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ص١٠٩ و ١١٠ .
- د. أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - المرجع السابـــق - ص ٣٦٩ .

(٢٣٧) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابـــق - ص ٢٩٩ - وكذلك :
A.DE LAUBADERE - Traite de Droit Administratif
Volume 1 - 8e Edition - L.G.D.J. Paris. 1980 - p. 370.

الدعوة للمنافسة المفتوحة ، ويكون من حق أي مترشح أن يتقدم بعروضه فيها(٢٣٨)، وقد تقتصر الدعوة للمنافسة على مؤسسات أو مشروعات محددة ، بحيث لا يسمح لغيرها من الأشخاص الأخرى بتقدم عروضها فيها ، وهذه هي ما يعرف بطريقة الدعوة للمنافسة المحدودة (٢٣٩) .

والعادة أيا كانت الطريقة المتبعة ، فإن الادارة مقيدة بمراعاة جملة من المعايير والثوابت لدى اختيارها للمتعاقد معها (٢٤٠)، ومن جملة هذه المعايير والثوابت نسجل ما نصت عليه المادة ٥٣ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، حيث جاء فيها : (يجب أن يراعى في اختيار المتعاقد على الخصوص توافق الثوابت التالية :

(٢٣٨) المادة ٣٠ من المرسوم سالف الذكر .

(٢٣٩) وجاء في المادة ٣١ من نفس المرسوم بأن (الدعوة للمنافسة المحدودة هي إجراء لا يسمح بالعروض إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي يحددها المتعامل مقدما) . وحتى تتمكن الادارة من معرفة المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة ، فإن المشرع منحها إمكانية معرفة هؤلاء المترشحين عن طريق الوسائل التي نصت عليها المادة ٣٩ من ذات المرسوم والتي جاء فيها :(يستعلم المتعامل العمومي، قصد جعل اختيار العارضين في المنافسة أكثر إحكاما ، عن قدراتهم ومواصفاتهم المرجعية مستعملا في ذلك أية وسيلة قانونية ، لا سيما لدى المتعاملين العموميين الآخرين ، والبنوك والممثليات الجزائرية في الخارج) .

(٢٤٠) أنظر على سبيل المقارنة - د.الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٠٠ .

- السعر والكيف وآجال التنفيذ .
- التكامل مع الاقتصاد الوطني .
- شروط التموين التي تمنحها المؤسسات الأجنبية . .
- الضمانات التقنية والمالية .
- الضمانات التجارية وشروط دعم المنتجات (الخدمة بعد البيع والصيانة) .
- التحويل الحقيقي للتكنولوجيا .

ثانيا : الإستشارة الانتقائية :

أما الاستشارة الانتقائية ، فهي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بالعروض فيه ، هم المدعوون خصوصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي لهم من طرف الادارة المعنية لاختيار المترشحين الذين يمكن لهم أن يتنافسوا على عمليات معقدة أو ذات أهمية بالغة (٢٤١) .

فهذه الطريقة تمكن الادارة من استشارة المرشحين المرخص لهم بتقديم عروضهم في العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الكبيرة ، ثم تقوم بطرح العروض التي تراها غير مناسبة ، ولا تتفق مع الثوابت والاعتبارات المنصوص عليها في المادة ٥٣ سالفة الذكر ، وتحتفظ بعروض المترشحين الذين يمكنهم التنافس على هذا النوع من العمليات الدقيقة أو المعقدة .

ثالثا : التعاقد على إثر مسابقة :

تلجأ الادارة الى هذه الطريقة عندما تريد القيام بإنجاز أعمال ذات سمة تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة . وهذا ما عبرت عنه المادة ٣٤

---

(٢٤١) أنظر المادتين ٣٢ ، ٣٨ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

من نفس المرسوم المنظم لكيفية ابرام الصفقات من قبل المتعاملين العموميين بقولها : (المسابقة هي اجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشتمل على مظاهر تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة).

وطريقة التعاقد على اثر مسابقة، تمكن الادارة المعنية من الحصول على أحسن العروض المتقدمة من طرف المتنافسين من رجال الفن والابداع في المجال الذي ترغب في تحقيقه، كأن تريد جهة ادارية معينة مثلا الاستفادة من الطاقة الشمسية في استخراج المياه الجوفية، أو ترغب في الحصول على تصميمات هندسية عمرانية لبناء أحياء سكنية في منطقة ما أو تستهدف الحصول على لوحات فنية ذات طابع أثري لاستعمالها في أحد المتاحف الوطنية ....الخ.

ولكن يجب التذكير بأنه اذا كان المعول عليه في الحكم على العروض، هو قيمتها الفنية في هذه الحالة، فان هذا لا يعني أن الادارة صاحبة الشأن لها مطلق الحرية في اختيار العروض على هذا الأساس فقط، بل فحريتها مقيدة ببقية الاعتبارات والثوابت سالفة الذكر، علاوة على احترامها للقيود السابقة على التعاقد التي تمت دراستها (٢٤٢).

رابعا : التعاقد عن طريق المناقصة :

والمناقصة (أو المزايدة) هي أسلوب تلتزم الادارة بمقتضاه باختيار أفضل من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتعاقد معها، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أداؤها (٢٤٣).

(٢٤٢) راجع في هذا الخصوص الباب الأول من هذه الرسالة.
(٢٤٣) أنظر - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ٧٠ - وكذلك د.محمود حلمي - المرجع السابق - ص ٢١ - وأيضا - د.محمد فؤاد مهنا - المصدر السابق - ص ٧٩٠.

والمناقصة عكس المزايدة ، فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء ، ويكون ذلك عادة اذا أرادت الادارة القيام بأعمال معينة كالأشغال العامة أو التوريدات أو اقتناء الخدمات ، أما الثانية فترمي الى التعاقد مع من يتقدم بأعلى عطاء ، وذلك اذا ما أرادت الادارة أن تبيع أو تؤجر شيئا من أملاك الدولة ، ولكن الأحكام القانونية للنوعين واحدة ، أي سواء تعلق الأمر بالمناقصة أو المزايدة (٢٤٤) .

ولقد جعل المشرع الجزائري ، المناقصة هي الطريقة العادية لاجراء الصفقات العامة عندما لا تتضمن الصفقة الا مجرد عمليات بسيطة من النموذج العادي ، وأخص بها المترشحين المواطنين الذين يطلبون أقل الأثمان (٢٤٥) .

واذا كانت المناقصة أو المزايدة تقوم على مبدأ آلية الارساء ، وبالتالي فان حرية الادارة تكون مقيدة في الاختيار الى أقصى حد ، فان المشرع الجزائري لم يكتف بذلك فقط ، بل تعداه الى النص على أن الصفقات التي لا تتضمن الا عمليات بسيطة من النوع العادي ، لا تخص الا المترشحين المواطنين ، وبذلك يضع قيدا آخر على حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها من جهة ، ويشجع المتعاملين المواطنين على القيام بدورهم في تنمية البلاد ، وذلك بافساح المجال أمام المؤسسات الوطنية (العامة والخاصة) ، طالما كانت هذه المؤسسات قادرة على القيام ببعض الأعمال البسيطة من جهة أخرى .

---

(٢٤٤) راجع - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٠٦ - وكذلك - د. علي زغدود - المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر - رسالة - دكتوراه - المؤسسة الجزائرية للطباعة - الجزائر - ١٩٨٢ - ص ٣٤٨ .

(٢٤٥) أنظر المادة ٣٣ من المرسوم المتعلق بابرام الصفقات - مشار اليه .

وزيادة ما سبق ، فإن المشرع يضع قيدا عاما على الجهات المعنية بإبرام العقود، حيث يلزمها بإقتناء الانتاج الوطني المتوفر قبل غيره (٢٤٦) .

وعموما فإن كافة الطرق السابقة الذكر، والتي تنضوي تحت أسلوب الدعوة للمنافسة، تنطبق عليها جميعا من حيث المبدأ، القواعد والاجراءات التي تحد من حرية الادارة في طريقة المناقصة أو المزايدة العامة .

المطلب الثاني

المراحل التي يمر بها أسلوب الدعوة للمنافسة .

سبق الذكر بأن أسلوب الدعوة للمنافسة، يشمل الدعوة للمنافسة المفتوحة أو المحدودة، والاستشارة الانتقائية، والمسابقة، والمناقصة، وأن الادارة ملزمة باتباع أي نوع من هذه الأنواع، وفقا لما يفرضه عليها المشرع، فهي ليست حرة في أن تختار النوع الذي تريده، بل هي مقيدة موضوعيا بما تستلزمه طبيعة كل نوع من هذه الأنواع .

وفيما عدا ما تقتضيه طبيعة كل نوع من أنواع الدعوة للمنافسة، فإنها تخضع جميعا لأحكام وقواعد عامة واحدة. وبصرف النظر عن الجزئيات والتفاصيل الموجودة بين هذه الأنواع ، فإن تعاقد الادارة عن طريق الدعوة للمنافسة يمر بالمراحل الآتية : -

أولا - التقدم للمنافسة العامة .

ثانيا - فحص العروض وإرساء المنافسة .

ثالثا - إبرام العقد (التوقيع والتصديق) .

---

(٢٤٦) أنظر المادة ٢٣ من المرسوم المتعلق بإبرام الصفقات - مشار اليه.

أولا : التقدم للمنافسة العامة :

تقوم المنافسة أو المناقصة العامة على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين - مع مراعاة القيود الأخرى المفروضة على حرية الادارة والتي ترجع الى نوعية المنافسة .. ولتحقيق غايتي المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين، تقرر - كقاعدة عامة - مبدأ الاعلان عن الدعوة للمنافسة وعدم التمييز بين المتنافسين .

١ - الاعلان عن الدعوة للمنافسة :

وضرورة الاعلان عن الدعوة للمنافسة تكمن في فسح المجال الحقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الادارة، لأن معظم من يرغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الادارة الى ذلك من جهة، ومن جهة ثانية، فان الاعلان عن المنافسة يحول بين الادارة وبين قصر عقودها على مجموعة معينة من الراغبين في التعاقد معها بحجة أو بدعوى أنهم وحدهم الذين تقدموا بعروضهم (٢٤٧) .

لهذا فان مبدأ الاعلان عن المنافسة، قد ورد النص عليه في صيغة الالزام في المادة ٤٥ من المرسوم رقم ١٤٥ / ٨٢ المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث جاء فيها ما يلي :

---

(٢٤٧) راجع : FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ٧٢ .
وكذلك د. رياض عبد عيسى الزهيري - المرجع السابق - ص ٤٦١ .
وأيضا د. محمود حلمي - المرجع السابق - ص ٣٤ - وأيضا د. طعيمة الجرف - المصدر السابق - ص ٢١٨ - وكذلك : A. DELAUBADERE - المصدر السابق - ص ٣٦٨ .

(يجب اللجوء الى الاشهار عن طريق الصحافة في الحالتين :

- الدعوة للمنافسة المفتوحة أو المحدودة والمناقصة .

- الدعوة للانتقاء الأولي) .

أما الأحكام التفصيلية للاعلان عن المنافسة فقد ورد النص عليهما هي الأخرى في صيغة الالزام في المادة ٤٦ من نفس المرسوم ، حيث تقرر بأنه : (يجب أن يحتوي الاعلان البيانات الالزامية الآتية :-

- العنوان التجاري وعنوان المتعامل العمومي .

- كيفية الدعوة للمنافسة - مفتوحة أو محدودة ، وطنية و / أو دولية ، المناقصة أو عند الاقتضاء المسابقة .

- موضوع العملية .

- الأوراق التي يطلبها المتعامل العمومي من المترشحين .

- تاريخ آخر أجل ومكان ايداع العروض .

- الزامية الضمان عند الاقتضاء .

- التقديم في ظرف مزدوج مختوم يحمل علامة - لايفتح - ومراجع الدعوة الى العرض .

- عند الاقتضاء سعر الوثائق) .

ثم بينت المادة ٤٩ من ذات المرسوم كيفية تحرير الاعلان عن الدعوة للمنافسة فنصت على أنه : (يحرر اعلان الدعوة للمنافسة باللغة الوطنية وفي لغة أجنبية على الأقل).

ولكي يؤدي النشر أو الاعلان عن المنافسة الغرض المقصود منه ، والمتمثل في اعطاء الأشخاص الذين يعنيهم الأمر فرصة كافية للتفكير والتروي في التقدم للمنافسة ، أوجبت المادة ٥٠ من المرسوم سالف الذكر بأن :

(يتم ايداع العروض في أجل يحدد تبعا لعناصر معينة مثل تعقد موضوع الصفقة المعتزمة والوقت اللازم عادة لايصال العروض ، ومهما يكن الأمر فيجب أن يكون الأجل بقدر يسمح بأوسع تنافس ممكن وأكمله ...) (٢٤٨) .

وتحقيقا لنفس الغرض أيضا ، وتمكينا لمن يريد التقدم للمنافسة ، من أن تكون لديه المعلومات الكافية حول موضوع الصفقة . أوجبت المادة ٤٧ من المرسوم المشار اليه ، على الادارة المعنية أو المتعامل العمومي بأن يضع الوثائق المطلوبة تحت تصرف من يسمح لهم بتقديم العروض ، فنصت على أنه : (يضع المتعامل العمومي الوثائق المنصوص عليها في المادة ٤٨ أدناه تحت تصرف أية مؤسسة يسمح لها بتقديم العروض ، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق الى المترشح الذي يطلبها) (٢٤٩) .

---

(٢٤٨) وجاء في المادة ٣٣ من قانون الصفقات العمومية ١٩٦٧ ما يلي :(..... ينشر الاعلان عن المناقصة الى العموم قبل ٢٠ يوما على الأقل من التاريخ المحدد لاستلام العروض .....).

(٢٤٩) المادة ٤٨ تنص على أنه : (تحتوي الوثائق المتعلقة بالدعوة للمنافسة ، التي توضع تحت تصرف المترشحين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة لاسيما ما يأتي :-

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو جميع المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وشهادة المطابقة والمقاييس التي يجب أن توفرها المنتجات أو الخدمات وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية لمن اقتضى الأمر .
- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة .
- المعلومات أو الأوراق التكميلية المطلوبة من العارض .
- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم العروض والوثائق التي تصحبها .
- كيفية الدفع .
- جميع الكيفيات الأخرى والشروط التي يحددها المتعامل العمومي والتي يجب أن

ولمسلم به فقها وقضاء، أن الادارة ملزمة بالتقيد بالشروط التي يتطلبها المشرع، فيتعين عليها احترام أوضاع الاعلان عن المنافسة، سواء من حيث المدد أو حيث كيفية اجرائه، والا ترتب على ذلك بطلان المنافسة.

وبهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي منذ تاريخ متقدم، حيث حكم ببطلان المزاد اذا لم يتم الاعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك، وكذلك الشأن اذا لم تحترم الادارة المدة المقررة للاعلان أو اذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة (٢٥٠).

غير أن المجلس يميز بين الشكليات الجوهرية والشكليات غير الجوهرية، فمن بين الشكليات غير الجوهرية والتي لا يترتب عليها البطلان، حالة اغفال الادارة تضمين الاعلان الجهة المختصة التي تجري المزاد أو المناقصة، وحالة حدوث خطأ في الأرقام من السهل أن يتنبه اليه المتقدم (٢٥١).

وما يلاحظ في هذا الخصوص، أن تعيين الجهة المختصة بابرام العقد - التي تجري المنافسة - يعتبر من القيود الجوهرية في تشريعنا، وذلك بنص المادة ٤٦ الآنفة الذكر، حيث جاءت على صيغة الالزام كما سبق القول، فهي تنص على أنه:- يجب أن يحتوي الاعلان البيانات الالزامية الآتية ......)

= تخضع لها الصفقة.
- أجل صلاحية العروض.
- التاريخ المحدد لايداع العروض والشكلية المعتمدة في ذلك.
- العنوان الدقيق الذي يجب أن ترسل اليه العروض.

(٢٥٠) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - وما أشار اليه في متن صفحة ٢١٦ والهامش رقم (٢) من نفس الصفحة.

(٢٥١) نفس المرجع - ص ٢٢٠ والهوامش رقم ١، ٢، ٣، ٤ من نفس الصفحة.

ومن بين البيانات الالزامية، بل وفي مقدمة البيانات الالزامية - العنوان التجاري وعنوان المتعامل العمومي . ومن ثمة فإن إغفال الادارة لهذا البيان الالزامي يؤدي حتما الى بطلان الاعلان عن المنافسة، ويتعين على الادارة اعادة الاعلان عن الدعوة للمنافسة من جديد .

٢ - المساواة بين المتنافسين :

تقوم الدعوة للمنافسة المفتوحة - وكذلك الأنواع الأخرى من المنافسة في اطار ما تفرضه طبيعتها من قيود كما سبقت الاشارة - على أساس عام ، هو مبدأ المساواة بين المتنافسين (٢٥٢) ، بمعنى أن لكل من يملك قانونا أن يتقدم للمنافسة العامة ، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين ، وليس للادارة أن تقيم تمييز غير مشروع بين هؤلاء الراغبين في التعاقد معها (٢٥٣) .

على أن هذا الأساس العام، ترد عليه جملة من القيود ترجع الى اعتبارات مختلفة، ولكنها من منظور آخر تهدف في الواقع الى تقييد حرية الادارة، بحيث تجعلها ملزمة بتطبيق ما نص عليه المشرع نصا وروحا في مجال ابرام عقودها ، ومن هذه القيود :

---

(٢٥٢) Voir GEORGES VEDEL - Droit Administratif 6e Edition - Presses Universitaire de France 1976 - p.266 et suite .

(٢٥٣) أنظر : FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ٨١ - وكذلك د.عوابدي عمار - المرجع السابق - ص٢٥٩ - وأيضا - د.محمد أنس قاسم النظرية العامة لأملاك الادارة والأشغال العمومية - المصدر السابق - ص ١٠٢ و - د.أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - المرجع السابق - ص ٣٦٩ .

أ - القيود المتعلقة بطبيعة المنافسة :

فالمنافسة المحدودة أو المسابقة أو الانتقاء الأولي ، تقتصر بطبيعتها على أشخاص معنيين ، الأمر الذي يجعل الادارة ملزمة بألا تسمح الا لمن لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم (٢٥٤) . يضاف الى ذلك ما يفرضه المشرع من قيود نتيجة للسياسة الاشتراكية المتبعة من قبل الدولة ، اذا يقصر التعاقد بالنسبة لعقود معينة على شركات القطاع العام (٢٥٥) أو الشركات التي تساهم الدولة في رأسمالها بالأغلبية أو يمنحها أولوية في التعاقد (٢٥٦).

ب - القيود الواردة على حرية الادارة في ممارسة حق الحرمان والاستبعاد :

اذا كانت الادارة التي ترغب في ابرام العقد تتمتع بقدر من الحرية في ممارسة حق حرمان بعض الأشخاص ، أو في ممارسة حق استبعاد عروضهم ، فان هذا الحق ، هو حق مقيد خاضع لرقابة القضاء ، الذي يحرص دائما على تحقيق المصلحة العامة التي هي مناط العقود المبرمة

---

(٢٥٤) فيما يخص القيود المتعلقة بطبيعة المنافسة ، راجع المواد من ٣١ الى ٣٤ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليه .

(٢٥٥) المادة ١٦ ف ٢ من نفس المرسوم ، تقضي بأنه : (..... ويبرم عقد البرنامج مع المتعاملين العموميين ، ويمكن أن يبرم أيضا مع المتعاملين الأجانب .....) .

(٢٥٦) أنظر المادة ١١ مكرر ٣ من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ ، التي تنص: (لايمكن منح العقد المبرمج الا للموسسات الاشتراكية أو شركات الاقتصاد المختلط ذات الأغلبية العمومية).

من قبل جهات الدولة (٢٥٧) .

وحق الادارة في حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمنافسات العامة ، يمكن أن يكون كجزاء بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق ، كما يمكن أن يكون كاجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة . وفي كلتا الحالتين ، فان الادارة ، وهي تمارس هذا الحق تخضع لرقابة القضاء .

ففيما يخص حق الادارة في ممارسة الحرمان الجزائي ، فان القضاء يضيق كثيرا من دائرة هذا الحق ، ولا يسمح للادارة باستعماله إلا لأسباب جدية . فاذا نص العقد أو دفاتر الشروط على توقيع عقوبة الحرمان لأسباب محددة وبأوضاع معينة ، كنتيجة تبعية لفسخ العقد مثلا ، فان هذا الحرمان لا يمكن توقيعه في هذه الحالة اذا لم تتحقق هذه الأسباب . وحتى في حالة عدم وجود مثل هذا النص في العقد أو في دفاتر الشروط ، فان حق الادارة في اصدار قرار الحرمان كجزاء عن أي خطأ تعاقدي ، اذا ثبت هذا الخطأ ، يخضع لرقابة القضاء ، من حيث الوجود المادي والقانوني لأسباب القرار ، وكذلك من حيث الوصف القانوني للمخالفة المنسوبة للمستفيد (٢٥٨) .

وفي هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي ، بالغاء قرار الحرمان الصادر كجزاء تبعي ، نظرا لأنه لم يثبت أي غش من جانب المتعاقد ، وقضى في نفس الحكم أيضا ، بأن الأصل أنه في غير حالة التنفيذ المعيب لعقد سابق ،

---

(٢٥٧) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق وما أشار اليه من أحكام قضائية في ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢٥٨) راجع - د. أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية - رسالة دكتوراه الدولة - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٣ - ص ١٤٩ ، ١٥٤ ، وكذلك FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ١١٧ وما بعدها .

فإن الادارة لا تستطيع أن تصدر قرارا بالحرمان الجزائي ، إلا اذا كانت النصوص المقررة للالتزام تنص على حق الادارة في إصدار قرار الحرمان (٢٥٩) .

أما فيما يخص حق الادارة في إصدار قرارات الحرمان الوقائي ، فإنه أوسع من حقها في اصدار قرارات الحرمان الجزائي ، ومع ذلك فإن هذا الحق يبقى مقيدا برقابة القضاء كحق الحرمان الجزائي ، ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي أيضا في هذا الشأن ، حكمه الصادر في ٤ أوت ١٩٠٥ ، الذي قضى فيه بإلغاء قرار حرمان أحد الموردين من التقدم لمناقصات وزارة الدفاع ، على أساس أن قرار الحرمان قد استند الى دوافع أو بواعث أجنبية عن تنفيذ العقود التي أبرمت مع المورد ، وعن امكانيات وقدرات هذا المورد (٢٦٠) .

واذا كان حق الادارة في الحرمان بنوعية ، يوجه للشخص ذاته ، فإن حق الادارة في الاستبعاد يوجه للعرض ، سواء لعدم استيفائه للشروط المطلوبة في المنافسة أو لأوضاع نصت عليها القوانين واللوائح .

والقوانين واللوائح بما فيها دفاتر الشروط العامة والخاصة ، قد تستلزم توافر بعض الشروط لدى المتقدمين بالعروض ، منها مثلا - اشتراط تقديم تقرير أحد المهندسين الأخصائيين يؤكد سلامة المشروع ، أو اشتراط انتماء المتقدم الى مهنة معينة ، أو اشتراط تقديم بيانات عن الامكانيات التقنية والمالية أو التجارية ....الخ (٢٦١) .

ولقد خصص المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل

---

(٢٥٩) عن د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ١٥٥ الهامش رقم .

(٢٦٠) عن نفس المصدر - ص ١٥٩ ، وكذلك راجع - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ١١٩ ، ١٢٣ .

(٢٦١) راجع دفتر الشروط الادارية العامة الصادر بالقرار المؤرخ في ٢١ نوفمبر ١٩٦٤ ، ولاسيما المادة الثالثة منه التي تحدد الشروط المطلوبة في العروض.

.../...

العمومي مواد كثيرة (٢٦٢)، تهدف في مجموعها الى توضيح وابراز الشروط الواجب توافرها في العروض المقدمة، سواء من حيث تأهيل المترشحين أو من حيث كيفية تقديم العروض أو من حيث الضمانات المالية المطلوبة.....الخ .

ومع أن الرأي مستقر في فرنسا، على أن العقد يعتبر سليما من الناحية القانونية، على أساس أن اعتماد المناقصة وابرام العقد يعتبر في حكم الالغاء الضمني لقرار الاستبعاد أو الحرمان ، وأن الالتزام بعدم ابرام العقد مع المستبعدين والمحرومين مقرر لصالح الادارة فقط ، ومن ثمة فلا يجوز الطعن في مثل هذه العقود . فان أحكام القضاء قديمها وحديثها ، جاءت على خلاف هذا الرأي (٢٦٣) .

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا السياق حكمه الصادر في ٢٨ جوان ١٩٥٠ والذي يقضي فيه بأنه : (يجب استبعاد العطاء غير المصحوب بتأمين)(٢٦٤) . والى هذا المعنى أشارت المحكمة الادارية العليا السورية في حكمها المؤرخ في ٢٥ مايو ١٩٨١ الذي تقول في احدى فقراته : (ومن حيث أنه اذا كانت لجنة المناقصات لم ترفض عرض المدعي - المطعون ضده - في مرحلة فحص الأوراق الثبوتية للعارضين ولم تكلفه باستيفاء الشرط المذكور قبل احالة المناقصة لعهدته، فانما يبقى للادارة صاحبة المشروع

= والمادة الرابعة ف٤ ج من نفس القرار التي تنص على أنه : (كل مشاركة غير مرفقة بالوثائق المطلوبة أو التي لا تقدم على النموذج المفروض تكون مشوبة بمخالفة ذات أهمية يعلن عن بطلانها وعدم فاعليتها).

(٢٦٢) راجع المواد : من ٣٥ الى ٣٧ والمواد : ٥١ ، ٨٤ ، ٨٦ ، ٩٠ من نفس المرسوم .

(٢٦٣) انظر د.أحمد عثمان عياد - المصدر السابق - ص ١٦٣ .

(٢٦٤) عن نفس المؤلف - المرجع السابق - ص ١٦٢ الهامش رقم (٦) .

الحق في عدم استكمال التعاقد معه، بحسبانه لا يستجمع شروطا رأت الادارة أن القانون يوجب توفره فيمن يتعهد المشروع موضوع المناقصة (٢٦٥) .

وعلى مدى ما تقدم، يتبين بأن حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمنافسات العامة أو استبعاد العروض التي لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة قانونا، ليس حق للادارة في الواقع ، وانما هو التزام يقع على عاتقها، بمعنى أنها لا تستطيع قبول العطاء أو العرض المقدم من أحد المحرومين أو المستبعدين قانونا (٢٦٦) ، كما أن الادارة لا تستطيع اصدار قرارات الحرمان أو الاستبعاد في شأن الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة في المناقصة والنصوص القانونية، كل ذلك تحقيقا لمبدأ المساواة بين المتنافسين .

جـ - الزامية تقديم الكفالة أو التأمين :-

ولضمان جدية التقدم الى المنافسات العامة ، وتحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين ، يلزم المشرع مقدمي العروض ارفاقها بكفالة ضمان حسن التنفيذ التي لا يقل مبلغها في جميع الحالات وعن خمسة بالمائة (٥ ٪) من قيمة الصفقة زيادة على كفالة رد التسبيقات التي أعفي منها المتعاملون العموميون (٢٦٧) .

---

(٢٦٥) عن مجلة - المحامون - العدد ١١ لسنة ١٩٨١ - ص١٢٥٨ قضاء المحاكم .

(٢٦٦) جاء في المادة ١٢ من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ من أنه :
(لا يقبل للمشاركة في الصفقات الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الذين هم في حالة افلاس ولا تمنح لهم أية صفقة عمومية ....) .

(٢٦٧) راجع المواد : ٦٨ ، ٨٤ ، ٨٨ ، ٩٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سالف الذكر .

والالتزام بتقديم الكفالة أو التأمين ، هو التزام مشترك بين الادارة وصاحب العرض ، فهو يقيد من حرية مقدم العرض كما يقيد حرية الادارة في قبول العرض أو استبعاده . فبالرجوع لأحكام القضاء المصري نجد ما في معظمها تعبر عن هذا الاتجاه ، ومن أحكام هذا القضاء ، ما قضت به محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٥٧ الذي تقول فيه : (ومن حيث أن الالتزام بتقديم التأمين الموءقت يعتبر من الشروط الجوهرية التي يحتمها مبدأ المساواة بين المتنافسين وذلك ضمانا لجدية العطاءات ، فإن اختصاص جهة الادارة في هذه الحالة يكون مقيدا ، ويكون بالتالي ما قررته لجنة فتح المظاريف من استبعاد عطاء غير مصحوب بتأمين ... موافقا للقانون(٢٦٨) .

وحكم المحكمة الادارية العليا الموءرخ في ١٩ نوفمبر ١٩٦٠ الذي توءكد فيه :(أن التأمين الابتدائي يقصد به تحقيق أمرين : جدية العطاءات والمساواة بين المتنافسين ، ويترتب على ذلك أنه اذا لم يقدم التأمين الابتدائي فإنه من المتعين عدم الالتفات الى العطاء واستبعاده ، فإن قبلت الادارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثرا) (٢٦٩) .

وهو المسلك الذي يوءيده - الدكتور - سليمان محمد الطماوي (٢٧٠) . وأشاطره في هذا التأييد . لأن القول بعدم إلزامية تقديم الكفالة أو التأمين ، يفتح باب التحايل ، فيتعمد البعض تقديم عروض غير مصحوبة بكفالة جسا للنبض من حيث أسعار العروض من جهة ، ويجعل الادارة تستطيع أن تتمسك بعدم تقديم الكفالة أو التأمين بهدف استبعاد بعض العروض ولو كانت أفضل .

(٢٦٨) عن الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص٢٢٦ .

(٢٦٩) عن نفس المصدر - ص٢٢٧ .

(٢٧٠) [illegible] : نفس المصدر - نفس الصفحة .

دون أن يكون في وسع العارض أو المتنافس أن ينتقد موقفها ، مما يجعل حرية الادارة في هذا الشأن مطلقة ، وهو ما يتعارض تماما مع رغبة المشرع في الحرص على جدية العروض ، وعلى تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين •

ولقد عبر المشرع الجزائري عن هذه الرغبة في نص المادة ٨٤ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي حيث جاء فيها : (يجب على المتعامل العمومي أن يسهر على ايجاد الضمانات الضرورية التي تسمح بحسن اختيار المتعاملين معه أو بأحسن شروط تنفيذ الصفقة ••••) •

وبطبيعة الحال فانه من بين هذه الضمانات ، بل ومن أهمها ، تقديم الكفالة أو التأمين ، والذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يقل مبلغ هذا الضمان عن ٥ ٪ من قيمة الصفقة (٢٧١) •

وبالاجمال يمكن القول ، أنه اذا كان مبدأ المساواة بين المتنافسين يقيد حرية الادارة الى أبعد الحدود ، فان الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ لا تعني اطلاق حرية الادارة ، بل على العكس من ذلك ، فهي تلزم الادارة باتباع الطريق الذي رسمه المشرع وبعناية دقيقة ، سواء فيما يتعلق بطبيعة المنافسة وقرارات الحرمان والاستبعاد ، أو فيما يخص تقديم الكفالة أو الضمان• وان حاولت الخروج على هذا الطريق المرسوم لها خضعت لرقابة القضاء الذي لا يتردد في الغاء قراراتها التي تصدر متنكبة للصالح العام أو تكون مستندة على أسباب غير مبررة ، أو التي لا تستند على أسباب صحية ، كما سبق بيان ذلك•

وترتيبا على هذا الأساس يمكن القول أيضا ، أن مشرعنا مكن الادارة وألزمها في نفس الوقت من الاستعلام المسبق عن صلاحية المتنافسين ، كي يجعل

(٢٧١) أنظر المادة ٩٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي •

المنافسة أكثر إحكاما وانطباقا لما سنته الخطة، باعتبار أن العقود التي يبرمها المتعاملين العموميين، هي أداة لتنفيذ المخطط الوطني (٢٧٢) .

ثانيا : فحص العروض وإرساء المنافسة

وإذا كانت حرية الإدارة مقيدة في المرحلة السابقة بما يفرضه عليها المشرع من قواعد وإجراءات، كالإعلان عن المنافسة، وتحقيق المساواة بين المتنافسين، فإنها مقيدة أيضا فيما يخص فحص العروض وإرساء المنافسة بجملة من القيود، يجب عليها أن تضعها نصب أعينها وتتصرف في حدود ما تحقيقا للمصلحة العامة التي هي مناط كل العقود التي تبرمها الإدارة .

وتحقيقا لهذا الهدف - وهو المصلحة العامة - نص المشرع في المادة ١٠٥ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، على أنه : (تخضع الصفقات التي يبرمها المتعاملون العموميون للرقابة قبل الشروع في تنفيذها وخلاله وبعده)، ثم بين في المادة ١٠٦ من نفس المرسوم، بأن عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات تمارس في شكل رقابة داخلية وخارجية ووصائية .

وتقوم بعملية الرقابة الداخلية وفقا للمادتين ١٠٩ ، ١١٤ من المرسوم ذاته أيضا لجنتان هما : لجنة فتح الظروف، ولجنة تقييم العروض، اللتين تنحصر مهمتهما على وجه الخصوص، في السهر على مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما .

١ - لجنة فتح الظروف :

وكما هو واضح من تسمية هذه اللجنة، فهي تقوم بفتح الظروف وترتيبها

(٢٧٢) راجع المواد : ٢ ، ٣٩ ، ٤٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

كمرحلة تمهيدية تستهدف اختيار أفضل المتقدمين وفقا لنوع المنافسة (مفتوحة محدودة - مناقصة ٠٠٠٠) .

غير أنه قبل التعرض لمهام هذه اللجنة لابد من دراسة تشكيلها ، نظرا لأهمية الآثار القانونية المترتبة على مخالفة قواعد التشكيل والاجراءات الواجبة الاتباع من طرف اللجنة .

أ - تشكيل لجنة فتح الظروف :

نصت المادة ١٠٩ من المرسوم سالف الذكر على أنه : (تحدث في اطار الرقابة الداخلية ، لجنة لفتح الظروف لدى كل متعامل عمومي .ويحدد هذا المتعامل تشكيلها مع مراعاة الأحكام القانونية الجاري بها العمل).

واذا كان المشرع حسب هذا النص ، يعطي شيئا من الحرية للادارة في تشكيل لجنة فتح الظروف وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها ، فان احداث هذه اللجنة في حد ذاته أمر ملزم وضروري على مستوى كافة الهيئات والادارات والمؤسسات التي تتمتع بصلاحية ابرام العقود .

ومع أن تشكيل لجنة فتح الظروف قد ترك للادارة ، فانه من المتفق عليه ، أن تجتمع اللجنة بالشكل الذي يحدده القرار الصادر باحداثها ، لأن سلامة قرارات اللجنة من الناحية الشكلية تتوقف على اتباعها القواعد التي تحكم سيرها (٢٧٣) . فيجب أن تشكل من الأعضاء المنصوص عليهم قانونا ، ويجب أن تتم دعوة جميع الأعضاء للحضور على

---

(٢٧٣) راجع - د. أحمد محيو - المنازعات الادارية - المصدر السابق - ص ١٨٤

وكذلك - د. الطماوي - النظرية العامة للقرارات الادارية - المرجع السابق - ص ٢٦٥ وما بعدها .

الوجه القانوني (٢٧٤) ، وعند المداولة يجب اتباع الاجراءات القانونية (٢٧٥)، وذلك بانعقادها في المقر الرسمي وحضور أغلبية الأعضاء (٢٧٦) ... الخ ، فإذا حدث ولم يراعى اجراء من هذه الاجراءات ، كان اجتماع اللجنة باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية .

ب - مهام لجنة فتح الظروف :

لقد نصت المادة ١١٠ من المرسوم - سالف الذكر - مهام لجنة فتح الظروف حيث جاء فيها : (تتمثل مهمة لجنة فتح الظروف فيما يلي :

- تثبت صحة تسجيل العروض في دفتر خاص .
- تعد قائمة العروض حسب ترتيب وصولها مع بيان مبالغ المقترحات
- تعد وصفا مختصرا للأوراق التي يتكون منها كل عرض .
- تحرر محضرا أثناء انعقاد الجلسة يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين .
- تحرر إن اقتضى الأمر محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون . يجب أن يحتوي المحضر على التحفظات التي يدلي بها أعضاء اللجنة) .

فمهمة اللجنة - وفقا لهذا النص - تنحصر في فتح مظاريف العروض المقدمة تمهيدا لفحصها والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها ، واستبعاد العروض التي لا تستوفي الشروط المطلوبة لسبب أو لآخر ، إما لطبيعة المنافسة

(٢٧٤) المادة ١١١ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

(٢٧٥) المادة ٢٧ (ملغاة) من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ .

(٢٧٦) المادة ١١٣ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، - سبقت الاشارة اليه .

أو للشروط المطلوبة في المتقدمين للمنافسة ، وإعداد محضر يحتوي على جميع التحفظات التي قد يدلي بها أعضاء اللجنة .

وعلى هذا يكون دور لجنة فتح الظروف ، إعدادي واستشاري .

أما بالنسبة للدور الاعدادي ، فإن اختصاصها مقيد ، ولكنها مع ذلك تتمتع باختصاص نهائي في بعض الحالات ، لأن من حقها أن تستبعد كما ذكر كل عطاء أو عرض لا يكون مستوفيا للشروط المطلوبة ، كتقديم العرض بعد فوات الميعاد ، أو كون العرض مخالف للنموذج المعد لذلك ، أو عدم تقديم البيانات اللازمة ، أو عدم تقديم التأمين أو الكفالة . أما من ناحية مقدمي العروض ، فهي تتأكد من أن مقدم العرض غير محروم من الاشتراك في المنافسة للأسباب الفارط ذكرها . وممارسة اللجنة لهذه الاختصاصات إنما تتم بقرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء (٢٧٧) .

ومن الأحكام القضائية الحديثة في هذا الخصوص ، حكم محكمة القضاء الاداري السورية ، المؤرخ في ٢٨ / ٠١ / ١٩٧١ المتعلق بالمطالبة بتعويض عن دراسات تمهيدية ، حيث جاء فيه : (....لأن اختصاص مجلس الدولة في العقود الادارية يشمل كافة الأفعال السابقة واللاحقة للعقد الاداري المرتبطة به ولو كان العقد الاداري لم يبرم بين الطرفين ....) (٢٧٨) .

أما بالنسبة للدور الاستشاري للجنة فتح العروض ، فإن اللجنة تبدي تحفظات وملاحظات وآراء في المحضر الذي ألزمها المشرع بتحريره ، والذى يجب أن يحتوي على تلك التحفظات والمقترحات سواء فيما يتعلق بالعروض ذاتها

---

(٢٧٧) راجع - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(٢٧٨) عن مجلة المحامون - العدد ١ ، ٢ لسنة ١٩٧١ - ص ٥٨ ، ٥٩ اجتهاد .

أو فيما يتعلق بأصحابها ، من حيث كفاءتهم المادية والفنية وحسن السمعة .... الخ (٢٧٩) .

والخلاصة هي أن المشرع قيد حرية الادارة باحداث هذه اللجنة التي تمارس رقابة داخلية سابقة (قبلية) على العقود التي تريد الادارة ابرامها عن طريق الصلاحية التي أعطيت لها والمتمثلة في السهر على مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما من جهة ، ومن جهة أخرى فان اللجنة ذاتها (لجنة فتح الظروف) مقيدة الاختصاص بالنصوص القانونية أولا وأن قراراتها خاضعة لرقابة القضاء ثانيا ، كل ذلك بهدف الوصول الى أفضل عرض تحقيقا لما يقتضيه الصالح العام الذي هو مناط كل عقد تبرمه الادارة ، كما سبق الذكر .

٢ - <u>لجنة تقييم العروض</u> :

واستكمالا لتناسق عمليات الرقابة الداخلية السابقة على ابرام العقد ، نص المرسوم رقم ١٤٥ / ٨٢ في المادة ١١٤ منه على الزامية احداث لجنة لتقييم العروض لدى كل جهة ادارية ، تستشار وجوبا في الصفقات العمومية الخاضعة للدعوة للمنافسة ، والتي يساوي مبلغها أو يفوق حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات (٢٨٠) .

---

(٢٧٩) انظر المادة ١١٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سالفة الذكر . وراجع على سبيل المقارنة : د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٦٧ ، - A. DELAUBADERE - المرجع السابق - ص ٣٧٢ .

(٢٨٠) تنص المادة ١١٤ على أنه : (تحدث لدى كل متعامل عمومي لجنة لتقييم العروض ، تستشار وجوبا في الصفقات العمومية الخاضعة للدعوة للمنافسة التي يساوي مبلغها أو يفوق حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات . تحلل هذه اللجنة العروض ، ولان اقتضى الأمر تغيرات العروض قصد ابراز المقترحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية) .

أما تشكيل اللجنة وكيفية سير أعمالها ومداولاتها ، فإن النص لم يتعرض الى ذلك ، ومن ثمة فإن القرار الذي تصدره الادارة المعنية بتشكيلها هو الذي يحدد الاجراءات والقواعد الواجب اتباعها من طرف اللجنة ، وبطبيعة الحال فإن اتباع القواعد والاجراءات المقررة في القرار الصادر بتشكيلها أمر ضروري ، وإلا كانت اجتماعاتها باطلة وقراراتها باطلة بالتبعية أيضا - تطبيقا لقاعدة - كل ما يترتب على باطل فهو باطل .

أما مهام اللجنة فهي استشارية محضة ، تهدف الى تنوير وإرشاد الجهة أو الهيئة التي تقتضي اليها ، عن طريق الدراسة والتحليل الدقيق للعروض المقدمة لها ، وعند الضرورة تقوم اللجنة بدراسة تغييرات العروض بغرض توضيح المقترحات التي يجب تقديمها للادارة المعنية . فلو فرضنا مثلا أن جهة معينة أرادت شراء نوع معين من الآلات فأعلنت عن ذلك ، فورد اليها عرضين رئيسيين أمكن جمع البيانات الآتية عن كل منهما : (٢٨١) .

<u>العرض الأول</u> مقدم من - أ - ومعه المعلومات المحددة عن الآلة التي يقترحها :-

١ - العمر المتوقع للآلة ١٠ سنوات

٢ - السعر المقترح ٦٠،٠٠٠ د.ج

٣ - تكاليف التشغيل السنوية ٥،٠٠٠ دج.

٤ - ثمن بيع الآلة في نهاية العشر سنوات ، أي بعد انتهاء عمرها ١،٥٠٠ دج.

٥ - سعر الفائدة على الأموال المستثمرة في الآلة ٦٪ سنويا .

---

(٢٨١) للمزيد من الأمثلة في هذا الخصوص ، راجع : د.عاطف محمد عبيد و د.حمدي فؤاد علي - التنظيم الصناعي وادارة الانتاج - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٧٤ - ص٢٦٦ وما بعدها .

العرض الثاني مقدم من - ب - ومعه المعلومات الآتية :

١ - العمر المتوقع للآلة ١٠ سنوات

٢ - السعر المقترح ٧٠،٠٠٠ دج.

٣ - ثمن بيع الآلة بعد العشر سنوات - لا شيء .

٤ - التكاليف السنوية للتشغيل ٣،٠٠٠ دج.

٥ - سعر الفائدة على الأموال المستثمرة في الآلة ٦ ٪ سنويا .

والمطلوب أي هذين العرضين أفضل وننصح الادارة بقبوله ؟

الحل :

للمفاضلة بين هذين العرضين نحدد القيمة الحالية للمبالغ التي سندفعها من الآن وسنويا طوال عمر الآلات .

* القيمة الحالية التي ستدفع لو اشترينا من المورد - أ - (٢٨٢)

=

ثمن شراء الآلة .... ٦٠،٠٠٠ دج.

+ القيمة الحالية لدفعه سنويا وقدرها .... ٥،٠٠٠ دج.

لمدة ١٠ سنوات بفائدة ٦ ٪ = ٥،٠٠٠ دج × ٧،٣٦٠ = ٣٦،٨٠٠ دج.

٩٦،٨٠٠ دج.

على أساس ٦ ٪ = ١٠٠٠ دج × ٥٨٨٤ و، = ٨٨٣ ، القيمة الحالية للمبالغ التي سينفقها المشروع في حالة قبول عرض المورد - أ - = ٩٥،٩١٧ دج .

* القيمة الحالية للمبالغ التي ستدفع لو اشترينا من المورد - ب -

=

ثمن شراء الآلة .... ٧٠،٠٠٠ دج.

(٢٨٢) ملاحظة : هناك اختصار شديد في العمليات الرياضية الخاصة بالمحاسبة المالية والاقتصادية في هذا المجال .

+ القيمة الحالية لدفعه سنويا وقدرها ٣٠٠٠٠ دج

على مدار عشر سنوات بفائدة ٦ ٪ = ٣٥٠٠٠ × ٧٫٣٦٠ = ٢٢٠٠٨٠ دج

القيمة المالية للمبالغ التي سينفقها المشروع في حالة قبول عرض المورد ب هي ٩٢٠٠٨٠ دج

ومن مقارنة القيمة المالية للمبالغ التي ستنفق في حالة قبول عرض المورد الأول بتلك التي ستنفق في حالة قبول عرض المورد الثاني ، يتبين أنه من الأفضل اختيار الآلة التي يعرضها المورد الثاني .

هنا تبدو أهمية أعمال لجنة تقييم العروض ، فهي تقوم بدراسة وتقييم تغيرات هذين العرضين مثلا ، سواء من حيث عمر الآلة أو السعر المقترح أو تكاليف التشغيل ، أو من حيث ثمن بيعها وسعر فائدة الأموال المستثمرة فيها سنويا ، ثم تخرج بنتائج ومقترحات تقدمها للادارة .

وعلى الرغم من أهمية أعمال هذه اللجنة ، فان الادارة - وفقا لنص المادة ١١٤ سالفة الذكر - حرة في استشارتها أو عدم استشارتها ، الا في حالة الصفقات العمومية الخاضعة للدعوة للمنافسة ، التي يساوي مبلغها أو يفوق حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات ، فان هذه اللجنة تستشار وجوبا .

وعليه فان استشارة لجنة تقييم العروض لا تكون الزامية الا بتوافر الشرطين الآتيين :

<u>الشرط الأول</u> : أن تكون الصفقة العمومية خاضعة للدعوة للمنافسة ومن ثمة فان الصفقات التي تبرمها الادارة وفقا لأسلوب التراضي ، سواء اعتبر هذا الأسلوب قاعدة أم استثناء - كما سيأتي بيان ذلك - يجعل الادارة غير ملزمة بطلب رأي لجنة تقييم العروض أو استشارتها . مع العلم أنه من الناحية العملية نجد الادارات عادة ما تلجأ الى أسلوب التعاقد بالتراضي أكثر مما تلجأ الى

أسلوب الدعوة للمنافسة . فحسب معطيات اللجنة المركزية الفرنسية للصفقات ، فإن صفقات الدولة خلال سنتي ١٩٦٧ و ١٩٦٨ التي أبرمت وفقا لأسلوب التراضي كانت تتراوح بين ٥١٦٠ و ٥٣٦٠ بالمائة من مجموع الصفقات (٢٨٣) بمعنى أن الصفقات التي أبرمت وفقا لأسلوب التراضي تمثل أكثر من النصف (٢٨٤) .

واذا علمنا بأن المشرع الجزائري يأخذ بأسلوب التعاقد بالتراضي على نطاق أوسع مما هو مقرر في فرنسا (٢٨٥) فإن النسبة سترتفع ولا شك . وهذا ما يؤدي الى إفلات معظم العقود التي تبرمها الادارة من ممارسة الرقابة الداخلية السابقة على ابرامها من قبل لجنة تقييم العروض .

<u>الشرط الثاني</u> : أن يساوي مبلغ الصفقة أو يفوق حد إختصاص اللجنة الوطنية للصفقات :

ولقد حددت المادة ١٣٨ من المرسوم رقم ١٤٥ / ٨٢ اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات في مجال الرقابة والبت في الصفقات ، حيث جاء فيها :
(تتولى اللجنة الوطنية للصفقات في مجال الرقابة والبت في كل صفقة تتعلق بما يلي :-

- الاستثمار الذي يساوي مبلغه أو يفوق مائة مليون دينار جزائري ، وكذلك أي ملحق بهذه الصفقة .

---

(٢٨٣) عن - د. أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - المصدر السابق - ص ٢٧٠

(٢٨٤) حاولت الحصول على بعض الاحصائيات الجزائرية في هذا الخصوص فلم أتمكن من ذلك .

(٢٨٥) أنظر المادتين : ٤٣ ، ٤٤ من المرسوم المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليه .

- التموين الذي يساوي مبلغه أو يفوق مائتي مليون دينار جزائري، وكذلك أي ملحق بهذه الصفقة .

- الدراسات والخدمات التي يساوي مبلغها أو يفوق أربعين مليون دينار جزائري ، وكذلك أي ملحق بهذه الصفقة .

- أية صفقة تحتوي على الشروط الواردة في المادة ٩٧ والتي يحتمل أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي الى حدود المبالغ المحددة أعلاه أو الى أكثر.

- أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية الى الحدود المحددة أعلاه أو الى أكثر من ذلك .

والذي يستفاد أيضا من هذا الشرط ، أن الصفقات التي تكون مبالغها أقل من المبالغ المحددة في هذا النص ، لا تلتزم الادارة عند ابرامها باستشارة لجنة تقييم العروض .

وبامعان النظر فيما قررته المادة ١١٤ سالفة الذكر نصل الى النتائج الآتية :-

أ - أن النص على وجوبية الاستشارة المعلق على الشرطين السابقين ، يفرغ اللجنة من مهامها ، ويشجع الادارة على تجزئة العملية الواحدة الى عدة عمليات ، تبرم كل واحدة منها بصفقة مستقلة ، حتى لا تلتزم الادارة باستشارة لجنة تقييم العروض .

ب - أن المشرع بهذا النص يركز على الجانب المالي ، حيث يقيم أهمية الصفقات على الأساس المالي ، ويهمل الأساس التقني أو الفني لها ، مع العلم أن المسائل المعقدة ذات الطابع التكنولوجي تتولاها في الوقت الحاضر مؤسسات أجنبية .

جـ - أن المشرع ينظر الى مبالغ الصفقات كل على حدة ، وكأن الأموال

التي تصرف في هذه الصفقات ليست ذات مصدر واحد، فلو جمعنا مبالغ الصفقات التي تبرم عن طريق الدعوة للمنافسة التي لا يساوي مبلغها حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات وأضفنا لها مبالغ الصفقات التي تبرم عن طريق التراضي، لوجدناها تشكل على الأقل ٩٠ ٪ من مجموع المبالغ التي تخصص لابرام الصفقات سنويا .

لكل ذلك كان من الأجدر بمشرعنا أن يجعل استشارة لجنة تقييم العروض واجبة في كل صفقة مهما كان مبلغها ومهما كانت الطريقة التي تبرم بها، تحقيقا لدعم فاعلية الرقابة الداخلية المسبقة المفروضة على الادارات من قمتها الى قاعدتها، حماية للأموال العامة، واحتراسا على ايجاد التوافق بين أفضل العروض من الناحيتين المالية والفنية في آن واحد.

٣ - ارساء المنافسة :

جاء في المادة ٣٧ من الأمر رقم ٩٠ / ٦٧ المتضمن قانون الصفقات العمومية من أنه : (يجري رئيس مكتب المناقصة في جلسة عمومية وفي يوم العمل الذي يلي مباشرة التاريخ المحدد لايداع العروض : .... ويفتح الظرف المشتمل على بيان السعر الأقصى المحدد في المادة ٣٥ أعلاه ، ويعلن عن رسو المناقصة موقتا على المترشح الذي يعرض السعر الأقل مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام المقطع السابق ....) .

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد، هل قرار ارساء المناقصة على أحد مقدمي العروض يعتبر الخطوة الأخيرة في التعاقد، بحيث تلتزم به الجهة المختصة بابرام العقد أم أن عملية ابرام العقد خطوة منفصلة ولاحقة للخطوة الخاصة باجراء المناقصة ؟ .

يرى الفقهاء، أن قرار مكتب المناقصة، ليس هو الخطوة الأخيرة في

لابرام العقد، بل أن هذا القرار لا يزيد عن كونه إجراء تمهيدي، أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى لاحقة تختص بها هيئة أخرى ممثلة بشخص، قد يكون الوزير وقد يكون الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو مدير المؤسسة أو من يفوضونه في هذا الاختصاص، اذا كان القانون يسمح بذلك (٢٨٦) .

وعلى هذا الأساس، فإن التزامات الادارة التعاقدية، لا تبدأ إلا من لحظة ابرام العقد، أما قبل ذلك فإن التعاقد يكون في دور التكوين، وكل ما يترتب على قرار رئيس مكتب المناقصة، هو نتيجة واحدة تتحصل في التزام الادارة بألا تتعاقد إلا مع من رست عليه المنافسة (المناقصة)، وهو ما يعبر عنه بآلية الارساء .

وفي مقابل هذه الآلية التي تقيد حرية الادارة وتحصرها في إلزامية التعاقد مع من ترسو عليه المناقصة، جرى مجلس الدولة الفرنسي على تخويل الادارة حق العدول عن التعاقد إطلاقا، وذلك بإلغاء المناقصة، إذ تبين لها أن المصلحة العامة تقتضي العدول عن ابرام العقد (٢٨٧) .

وباعتبار أن التزامات الادارة لا تبدأ إلا من لحظة ابرام العقد من قبل الممثل المختص، وأنه قبل ذلك يكون لها حق العدول عن إتمام ابرام العقد، فإن هذا الأمر يتطلب بالضرورة توضيح القيمة القانونية لقرار مكتب المناقصة .

---

(٢٨٦) للمزيد من التفصيل في هذا المجال راجع : د.محمود حلمي - المصدر السابق - ص٤٢ ، و د. محمد فؤاد مهنا - المصدر السابق - ص٧٨٦ ، وكذلك - د. عوابدي عمار - المرجع السابق - ص١٦١ ، و - د.محمد أنس قاسم - النظرية العامة - لأملاك الادارة والأشغال العمومية - المصدر السابق - ص١٠٦ .

(٢٨٧) عن - د.الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

فوفقا للرأي السائد فقها وقضاء ، أن أعمال مكتب المناقصة تنحصر في الأمور الآتية :

أ - لن مكتب المناقصة يختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة ، بعد تحقيق شروطها ، تمهيدا لاطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بابرام العقد ، علما أن اختصاص مكتب المناقصة في هذا المجال مقيد بالقواعد والاجراءات التي تهدف الى تحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين جميعا .

ويكتمل عمل مكتب المناقصة بتقرير أصلح العروض عن طريق اختيار المتنافس الذي تتوفر فيه كافة الشروط ، وتقدم بالسعر الأقل ، ثم يأتي بعد ذلك دور جهة الادارة المختصة بابرام العقد الذي وقع عليه اختيار مكتب المناقصة (٢٨٨) .

ب - لا يمكن القول ، بأن قرار مكتب المناقصة يعتبر بمثابة القبول في العقود ، ويؤدي حتما الى اتمام التعاقد مع صاحب العرض الذي اختارته اللجنة ، لذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على اجراء لاحق ، هو توقيع الصفقة من الجهة المختصة (٢٨٩) ، وهي الجهة التي تملك وحدها اصدار القبول ، تأسيسا على أن القبول الذي يعتد به هو الذي يصدر ممن يملك ابرام العقد .

---

(٢٨٨) أنظر - د. محمد أنس قاسم - النظرية العامة لاملاك الادارة والأشغال العمومية - المصدر السابق - ص ١٠٦ .

(٢٨٩) أنظر - حكم المحكمة الادارية العليا السورية المؤرخ في ٢٥ / ٠٥ / ١٩٨١ الذي جاء فيه : (من حق الادارة عدم استكمال التعاقد مع المتعهد اذا فقد شرطا رأت الادارة وجوب توافره قانونا ، رغم أن لجنة المناقصات لم ترفض عرضه في مرحلة فحص الأوراق الثبوتية ولم تكلفه باستكمال الشرط المطلوب) - سبقت الاشارة لهذا الحكم .

على أنه اذا تم ادماج قرار مكتب المناقصة في نطاق اجراءات القبول ، فهو لا يعدو أن يكون قبولا موقتا (٢٩٠) ، أو هو قبول معلق على اعتماد الجهة المختصة بابرام العقد (٢٩١) .

ج - ان مكتب المناقصة هو المرجع الوحيد والنهائي فيما يتعلق بنتيجة المنافسة ، وذلك استنادا الى أنه الجهة التي تجتمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة لاختيار أفضل العروض بعد اجراء المفاضلة والمقارنة بينها . ولكن سلطة هذا المكتب مقيدة في هذا المجال - كما سبق القول - فلا يملك تعديل شروط المناقصة ، وانما يصدر قرارات بقبول العروض أو برفضها ، وبترتيب المتنافسين ، وارساء المنافسة على صاحب العرض الأفضل ، واستبعاد باقي العروض أو يحرر محضرا بعدم جدوى العملية (٢٩٢) .

د - ومن المسلم به كذلك أن القواعد التي تحكم اجراءات المنافسة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للادارة ان شاءت تمسكت بها وان شاءت تنازلت عنها ، وانما هي قواعد مقررة لتحقيق التناسق والانسجام في مجال كيفية ابرام العقود عامة ، وكفالة احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين ، ومن ثمة فان هذه القواعد ، هي بمثابة أحكام قانونية عامة تنظم عملية التعاقد من بدايتها الى نهايتها ، ويتعين على الجهات المتعاقدة مراعاة أحكامها والتقيد بها في

(٢٩٠) راجع المادة ٣٧ من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ ، والمادة ٤ ف ٦ ج من دفتر الشروط الادارية العامة ، والمادة ١١٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

(٢٩١) راجع المادة ٣٩ من قانون الصفقات العمومية - المشار اليه في الهامش رقم (٢٩٠) ، والمادة ٤ ف ٧ أ من دفتر الشروط الادارية العامة أيضا .

(٢٩٢) أنظر - المادة ١١٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سالف الذكر .

جميع المراحل التي تمر بها المنافسة، ولا تترتب على مخالفتها بطلان مـــا تصدره من قرارات (٢٩٣)

ثالثا : توقيع العقد وتصديقه :

قبل التعرض لدراسة التوقيع على العقد والمصادقة عليه من الجهات المختصة، نتساءل عن مدى حرية الادارة في تطبيق اجراءات المنافسة، مـــع التسليم مبدئيا بأنها ملزمة باتباع الاجراءات القانونية المقررة قانونا ؟

I - مدى حرية الادارة في تطبيق اجراءات المنافسة :

فيما يخص مدى احترام اجراءات المنافسة من قبل الادارة، قضـــت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١٧ جوان ١٩٥٦ بما يلي(٢٩٤) (ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن عملية المناقصة العامة.....تتم فـــي مرحلتـين : أولهما أعمال تمهيدية.....وثانيهما ابرام العقد بعد ارساء المناقصة. وتتم الأعمال التمهيدية بقرارات للا فصاح بها عن ارادتها هي وحدها دون غيرهـا، وتلتزم فيها السير على مقتضى التنظيم الاداري المقرر لذلك...) .

على أن التزام الادارة السير على مقتضى التنظيم الاداري يتطلـــب التفرقة بين فرضـين هما :-

الفرض الأول: اذا تقدم صاحب العرض وكان عرضه مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول بها، أو لا تتوفر فيه الشروط الموضوعية اللازم توافرها للمناقصـــة. القضاء الفرنسي يفـرق في هذا الشأن بـين وضعيتـين مختلفتـين

---

(٢٩٣) راجع - د.محمد أنس قاسم - النظرية العامة لاملاك الادارة والأشغـــال العمومية - المصدر السابق - ص١٠٨، ود.محمود حلمي - المرجع السابـق - ص٣٨ وما بعدها. وكذلك - د.الطماوي - الأسس العامة للعقود الاداريـــة المرجع السابق - ص٢٨٣ .

(٢٩٤) عن د.الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص٢٨٤، ٢٨٥

أ ـ العرض الذي لا تتوفر فيه الشروط الموضوعية اللازم توافرها للمناقصة . ففي هذه الحالة يجب على الادارة دائما استبعاد العرض عن المناقصة بغير تردد ، وهذا واجب عليها ، ويجب أن تتقيد به ، احتراما للنصوص القانونية ولشروط المناقصة التي طرحتها ، فاذا نكلت عن استبعاد كل عرض خالف الشروط الموضوعية اللازمة للمناقصة ، جاز الطعن في قراراتها القاضية بقبول مثل هذا العرض (٢٩٥) . وهو نفس الاتجاه الذي سلكته المحكمة الادارية العليا السورية في حكمها الصادر في ٢٥ / ٠٥ / ١٩٨١ الذي جاء فيه : (من حق الادارة عدم استكمال التعاقد مع المتعهد اذا فقد شرطا رأت الادارة وجوب توافره قانونا ....) (٢٩٦) .

ولم يغفل المشرع الجزائري النص على هذه الحالة ، حيث أبرزها في أكثر من موضوع في المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي . فنص في المادة ٣٥ منه على أنه : (لا يمكن أن يخصص المتعامل العمومي الصفقة إلا لمؤسسة قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفيات الابرام المقررة). وجاء في المادة ٣٦ من نفس المرسوم أيضا من أنه : (يتعين على المتعامل العمومي أن يتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية) .

ب ـ العارض الذي لا يتبع القواعد الاجرائية ، ويخالف الأوضاع الشكلية . فالمقاول أو صاحب العرض في هذه الحالة يكون مستوفيا لجميع

---

(٢٩٥) عن ـ د. محمد أنس قاسم ـ النظرية العامة لأملاك الادارة والأشغال العمومية ـ المصدر السابق ـ ص ١٠٨ .

(٢٩٦) سبقت الاشارة الى هذه الفقرة من الحكم .

الشروط الموضوعية اللازمة للمناقصة، ولكنه تواجد في أوضاع غير سليمة بمخالفة قواعد الاجراءات الشكلية. فهل تكون الادارة ملزمة أو مجبرة باستبعاد عرضه أم لها سلطة تقديرية في استبعاد العرض أو عدم استبعاده ؟.

هناك اتجاهان متعارضان في هذا المجال :

الاتجاه الأول : يرى أنصاره، اعطاء سلطة تقديرية للادارة في استبعاد العرض أو عدم استبعاده، ويؤسسون قولهم، بأن أخذ الادارة بالشدة والزامها باستبعاد العروض المستوفية للشروط الموضوعية، ولكنها مخالفة لبعض الاجراءات الشكلية، مهما كانت ضآلتها، يؤدي الى تكاثر الطعون والقاء ظل كثيف من الشكوك والريب على سلامة العديد من المناقصات العامة (٢٩٧) .

الاتجاه الثاني : يذهب أنصاره الى القول، باستبعاد عرض المتنافس الذي خالف القواعد الشكلية، وبالتالي، فانه يجب على الادارة احترام قاعدة المساواة بين المتنافسين، لأنه كلما تسامحت الادارة مع أحد المتقدمين مهما بلغت المخالفة الشكلية، فانها تكون بذلك قد خالفت ولو بقدر ضئيل مبدأ المساواة بين المتنافسين في مجال المناقصة. ذلك أن القول بعدم التزام الادارة بطرح المتنافسين الذين تنكبوا الوضع في ميدان المناقصة، معناه اهدار كافة الضمانات التي تكفل العملية التي اختطتها بنفسها لصالح المتنافسين (٢٩٨) .

---

(٢٩٧) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق ص٢٨٧ و - د. أحمد محيو المنازعات الادارية - المرجع السابق - ص١٨٤

(٢٩٨) عن د. محمد فؤاد مهنا - المصدر السابق - ص٨٢١ .

وللتوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين ، نقتبس هذه الفقرة من حكم محكمة القضاء الاداري المصرية الصادر في ٢٨ / ٠٤ / ١٩٥٦ التي جاء فيها : (..... لن قضاء هذه المحكمة ، قد وازن بين هذه الاعتبارات ، لا يسعه الا الحرص على الموائمة بين هذين المذهبين المتطرفين تحقيقا لمصلحة الادارة ورعاية لصالح الأفراد ، فيضع معيارا دقيقا يفرق بين المخالفات الجوهرية من جهة وغير الجوهرية من جهة أخرى . وهذا المعيار هو أن يتعين على جهة الادارة أن تبادر باستبعاد كل متقدم بعطاء يكون قد خالف وضعا جوهريا مع عدم الاخلال بما يجيزه القانون ، ويكون لجهة الادارة - عكس ذلك من ناحية أخرى - سلطة تقديرية تمكنها من قبول أو استبعاد ما يكون قد خالف قاعدة غير جوهرية من المتنافسين) (٢٩٩) .

ولكن هذه الفقرة من هذا الحكم تؤدي الى التساؤل عن المخالفات الجوهرية التي تستوجب استبعاد صاحب العرض ، والمخالفات غير الجوهرية التي تجعل الادارة في مركز تقديري في استبعاد العرض أو عدم استبعاده ؟ .

أما المخالفات الجوهرية التي تستوجب استبعاد صاحب العرض ، فهي تلك التي تؤدي الى خرق قاعدة من شأنها كفالة حياد العمليات ، أو يكون مؤداها حصول صاحب العرض على ميزة مادية محققة تعلو به عن أمثاله (٣٠٠) .

ومما يدخل في هذين الفرضين مثلاً عدم تقديم العرض في المدة المحددة ، بحيث يصل متأخرا تأخرا يتنافى وسرية المنافسة (٣٠١) .

(٢٩٩) عن د. الدلماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٨٧ .

(٣٠٠) أنظر - د. أحمد محيو - المنازعات الادارية - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

(٣٠١) أنظر المادة ١١٢ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي التي تنص على أنه : (يمكن قبول الظروف التي ترد بعد آخر أجل ...... شريطة أن يكون ذلك قبل فتح الظروف) .

أو عدم ايداع المستندات التي تعزز العرض المقدم في الوقت اللازم لذلك (٣٠٢) .

وأما المخالفات غير الجوهرية ، فهي تلك المخالفات التي لا تفيد صاحبها بأي نفع مادي أو التي لا تمس الأصول التي تكفل حياد عمليات المنافسات . ومن قبيل هذه المخالفات مثلا ، عدم مراعاة الالتزام بالتأشير على المستندات والأوراق ، وكذلك عدم مراعاة الالتزام بالحضور شخصيا أو بواسطة من ينوب عن مقدم العرض في جلسة اعلان نتيجة ارساء المنافسة .

والواقع أنه بامعان النظر فيما تقدم ، يتبين أن الأصل هو تقييد حرية الادارة بالقواعد والاجراءات الشكلية ، ولكن ليس معنى ذلك ، أن كل الاجراءات التافهة تؤدي الى بطلان تصرفاتها ، لأن القول بتقييد حرية الادارة ليس معناه شل حركتها وعرقلة سير أعمالها ، أو أن وضع هذه القيود هو الهدف في حد ذاته ، وانما الهدف من وضع مثل هذه القيود هو تحقيق المصلحة العامة . ولما كانت بعض الاجراءات الشكلية البسيطة التي لا تمس بما يحقق المصلحة العامة ، قد تخلفت مثلا فلا يمكن ابطال التصرف الذي أجرته الادارة .

<u>الفرض الثاني</u> : اذا تقدم صاحب العرض وكان عرضه متطابقا مع القوانين واللوائح وشروط المنافسة ، فمن المؤكد أنه من واجب الادارة أن تقبل عرضه ، ولكن هل تلتزم حتما بقبوله ؟ .

---

(٣٠٢) راجع المادة ٥١ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي التي بينت ما يجب أن تشتمل عليه العروض ، ومن ثمة فان عدم مراعاة ما نصت عليه هذه المادة من طرف صاحب العرض ، يجعل الادارة ملزمة باستبعاد هذا العرض المخالف لما هو منصوص عليه .

لان مسألة تقييد حرية الادارة في هذا المجال ، هي مسألة معقدة ودقيقة ، لأنه من غير المعقول الزام الادارة بقبول العروض المقدمة لها والمتوفرة على الشروط المطلوبة كلها ، كما أنه من غير المعقول أيضا اطلاق حرية الادارة في قبول أي عرض من العروض المتوفرة على الشروط المطلوبة بصفة عامة .

وعلى هذا الأساس ، فان الادارة ليست ملزمة بالتعاقد مع كل مقدمي العروض المستوفية للشروط الشكلية والموضوعية ، وانما تكون ملزمة بالتعاقد مع مقدم أفضل عرض ، ولكن هل تلتزم حتما باتمام عملية التعاقد معه ؟ .

اذا كانت الاجابة على هذا السؤال بالايجاب ، فان هذا يعني ، أن قرار الارساء الصادر من مكتب المناقصة هو آخر عمليات التعاقد ، لكن هذا غير صحيح - كما سبق بيان ذلك - لأن الادارة تملك حتى هذه اللحظة حق العدول عن اتمام عملية التعاقد ، كلما رأت أن المصلحة العامة تستدعي ذلك . لأنه اذا كانت المصلحة العامة تبرر للادارة حق التحرر من العقد بعد ابرامه ، فيكون لها من باب أولى عدم ابرام العقد كلية اذ لم تكن قد تعاقدت بعد .

ومن الأحكام القضائية التي تدعم هذا الاتجاه نسجل ، حكم المحكمة الادارية العليا المصرية المؤرخ في ٥ جانفي ١٩٦٠ الذي جاء فيه : (.... ومن ثمة فهي تملك كلما رأت المصلحة العامة تقضي بذلك الغاء المناقصة والعدول عنها ، دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في الزامها بابرام العقد أو المطالبة بأي تعويض عن عدم ابرامه (٣٠٣) .

---

(٣٠٣) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٩٢ .

وحكم المحكمة الادارية العليا السورية الصادر في ٢٢ /٠٤/ ١٩٧٤ الذي تقول فيه : (٠٠٠٠٠على أن تلك الاجراءات التمهيدية التي تسبق عملية التوقيع وابرام العقد بصورته النهائية من السلطة المختصة بابرامه، لا أثر لها ولا يمكن أن تنشأ عنها رابطة عقدية، فالادارة حتى لحظة التوقيع والمصادقة على العقد تملك سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن ، وهي تستطيع اذا قدرت أن المصلحة العامة تقضي بعدم ابرام العقد أن تمتنع عن التوقيع، بالرغم من اعلان لجنة المزايدة عن أفضل المتنافسين ٠٠٠٠) (٣٠٤) .

وبناء على ما تقدم، فان الرابطة التعاقدية لا تتم الا بعد اعتماد أو توقيع العقد من قبل الجهة المختصة التي تملك ابرام العقد، غير أن التزامات أصحاب العروض والادارة لا تبدأ في وقت واحد. فاذا كان صاحب العرض يبقى مرتبطا بعرضه المقدم ، بحيث لا يجوز له سحبه أو تعديله طالما لم يبت فيه، فان التزامات الادارة التعاقدية لاتبدأ الا من تاريخ القرار الصادر باعتماد المنافسة(٣٠٥) .

---

(٣٠٤) عن مجلة - المحامون - العدد ٥ ، ٦ لسنة ١٩٧٤ - ص١٣٣ اجتهاد.
وأنظر كذلك ما أكدته المحكمة الادارية العليا السورية، وهو يتناقض تماما مع الحكمين المشار اليهما بالمتن ، حيث جاء في حكمها المؤرخ في ٣٠ نوفمبر ١٩٧٨ ما يلي :(٠٠٠٠ومن حيث أن الرابطة العقدية بين جهة الادارة والشركة مقدمة العرض، تقوم فور فض العروض والاحالة لعهدة الشركة التي قدمت أفضلها ، دونما حاجة لتوقيع عقد بهذا الشأن ، اذ أن مثل هذا العقد ليس أكثر من عملية تثبيت لما تم على يد اللجنة المكلفة بفض العروض ٠٠٠) عن مجلة المحامون الأعداد ٦ ، ٧ ، ٨ لسنة ١٩٧٩ - ص٤٥٨ اجتهاد .

(٣٠٥) من المعلوم أن التزامات الادارة التي لاتبدأ الا من تاريخ القرار الصادر باعتماد المنافسة، هي الالتزامات العقدية، أما الالتزامات الناشئة عن القوانين واللوائح وشروط المنافسة، فان الادارة مقيدة بها من تاريخ الاعلان عن المنافسة الى غاية ابرام العقد .

II : إعتمـاد العقـد

ويقصد باعتماد العقد، إقرار شروطه والتوقيع عليه من الجهـة المختصة، وهو ما يفيد اعلان الموافقة على التعاقد • غير أن بعض العقـود لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد المصادقة عليها من جهة ادارية أخـرى غير الجهة التي قامت بابرامها • لذلك سوف نبين التوقيع على العقد أولا ثم نتطرق الى التصديق عليه ثانيا •

١ - التوقيع على العقد :

إن التوقيع على العقد، هو إقرار شروطه من الجهة المختصة - كما سلف الذكر - وعليه فإن ابرامه بهذا التحديد هو - كقاعدة عامة - من اختصاص الرئيس الاداري في الأجهزة المركزية والعضو التنفيذي في المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية •

فالوزراء هم المختصون أصلا بابرام العقود المتعلقة بوزارتهـم كل في حدود اختصاصه أو من يفوضونه لهذا الغرض اذا كان القانون يسمـح بذلك (٣٠٦) •

أما بالنسبة للمجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية، فتختص المجالس التي تمثلها بتقرير التعاقد، ويختص العضو التنفيذي لهذه المجالـس بابرام العقد، أي التوقيع عليه (٣٠٧) •

(٣٠٦) راجع - د• محمد فؤاد مهنا - المصدر السابق - ص٧٨٦ - وكذلك المادة ٥ من المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي سالف الذكر، والمادة ٤ ف ٢ أ - من دفتر الشروط الادارية العامة• والمادة ٤ من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ •

(٣٠٧) راجع المادتين ٢٢٥ ، ٢٢٦ من القانون البلدي ، والمادة ٥٠ ف ٢ من قانـون الولاية، والمادة ١٣ من المرسوم المتضمن احداث الشركة الوطنية للأشغال البحرية - سبقت الاشارة اليه•

٢ - تصديق العقد :

الأصل أن العقد يعتبر تاما ونهائيا واجب التنفيذ بالتوقيع عليه من العضو المختص بإبرامه، غير أنه بالنسبة لبعض العقود التي تبرمها الادارة - ومن باب القيود التي يفرضها المشرع على الجهة المختصة بإبرام العقد - لا يعتبر العقد نهائيا في كثير من الحالات إلا بعد التصديق عليه من جهة أخرى غير الجهة التي أبرمته .

ومن أمثلة العقود التي تبرمها الادارة المختصة، ولا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد المصادقة عليها من بعض المراجع العليا . العقود التي يوقعها رئيس المجلس الشعبي البلدي ، فهذه العقود لا تكون نافذة إلا بعد المصادقة عليها من قبل والي الولاية، وذلك تطبيقا لنص المادة ١٠٧ من القانون البلدي (٣٠٨) التي جاء فيها : (....غير أن المداولات التي لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف السلطة العليا المسؤولة، هي المداولات التي تتناول المواضيع التالية .....

٦ - محاضر المزايدات والمناقصات ... وبصورة أعم جميع المداولات التي تخضع لمصادقة السلطة العليا بمقتضى التشريع الجاري به العمل) .

وعلى هذا الأساس فإنه اذا ما أمرت الجهة المختصة بإبرام العقد، المتعاقد معها بالبدء في تنفيذ العقد قبل حصولها على تصديقه من المراجع العليا، فإن الأمر يبقى على مسؤوليتها هي، دونما أي تأثير على حقوق المتعاقد معها الذي أمتثل لارادة الجهة صاحبة المشروع (٣٠٩) .

---

(٣٠٨) سبقت الاشارة اليه .

(٣٠٩) راجع : - MOHAMED KOBTAN - المصدر السابق - ص ٤٢ .

ومن أحكام القضاء الاداري في هذا الخصوص، حكم محكمة القضاء الاداري السورية المؤرخ في ١٥ / ٠١ / ١٩٧٠ الذي نسجل منه ما يلي : (من حيث أنه ثابت من الملف أن العقد الموقع بين الادارة والمتعهد بقي بصفة مشروع عقده فلم يصدق من السيد وزير المواصلات ولا من اللجنة المختصة في مجلس الدولة أو الهيئة المختصة في ديوان المحاسبات ....وأن المدعي مخالفة من مساءلته بما ينجم عن مسؤوليات العقد بدأ تنفيذ هذا المشروع بانتظار تصديقه، وأملا في هذا التصديق ، فلا يسوغ اعتبار تطوعه بالتنفيذ إسقاطا لحقه في الاحتجاج ببطلان العقد لهذا السبب، لا سيما وأن العقد ذاته جعل تصديق السيد الوزير شرطا من شروط نفاذه ...(٣١٠).

وأكدت هذا الاتجاه المحكمة الادارية العليا السورية في حكمها الصادر في ٣٠ / ٠٦ / ١٩٨٠ الذي تقول فيه : (.... وحرى بالادارة ألا تتخذ أي إجراء تنفيذي للعقد قبل حصولها على تصديق العقد من المراجع العليا، فاذا انخطت هذه النقطة فإن الأمر يبقى على مسؤوليتها هي ، دونما أي تأثير على حقوق المتعهدين اللذين امتثلا لإرادة الجهة صاحبة المشروع عندما أبلغتهما أمر المباشرة ....لأن متابعة الاجراءات الخاصة بالعقد وملاحقة مراحله من الأمور التي تدخل في صميم عمل الادارة، ومن ثمة فإن ما قام به المتعهدان من أعمال خلال الفترة المنقضية بين إبلاغهما أمر المباشرة ثم الأمر اليهما بالتوقف عن العمل واجب الأداء ......) (٣١١) .

---

(٣١٠) عن مجلة - المحامون - العدد الأول والثاني لسنة ١٩٧٠ - ص ٦٧ اجتهاد .

(٣١١) عن نفس المجلة - العدد الرابع لسنة ١٩٨١ - ص ٤٢٩ قضاء المحاكم .

ولما كان تصديق العقد ، يعني الموافقة اللاحقة على ابرامه من جهة أخرى غير الجهة التي أبرمته ، بمقتضى اجراء مستقل يتم في مرحلة تالية لمرحلة ابرام العقد ، فان التصديق بهذا التحديد يتخذ صورتين :

<u>الصورة الأولى</u> : تصديق الادارة المركزية على العقود التي تبرمها المجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية في الحالات التي يتوجب فيها القانون ذلك . فالتصديق في مثل هذه الحالات يتم باجراء مستقل من الجهة المركزية بوصفها جهة الوصاية (٣١٢) .

<u>الصورة الثانية</u> : تصديق الجهة الرئاسية على عقد يبرمه أحد أعضاء الادارة المركزية في الحالات التي يتطلب فيها القانون هذا الاجراء كما اذا نص القانون على وجوب التصديق بمقتضى مرسوم رئاسي على العقد الذي يبرمه الوزير في حالة معينة (٣١٣) .

ومهما كانت الصورة التي يأخذها تصديق العقد ، فان السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الصدد هو : ما أثر التصديق في تكوين العقد ؟ .

---

(٣١٢) راجع المادة ١٠٧ من قانون البلدية - سبقت الاشارة اليها .

(٣١٣) أنظر المرسوم رقم ٨٠/١٢٤ المؤرخ في ١٢ أفريل ١٩٨٠ المتضمن المصادقة على اتفاق القرض رقم ٦ المبرم بين وزارة المالية وصندوق التعاون الاقتصادي لما وراء البحار - اليبان - الموقع في ٢٦ / ٠٩ / ١٩٧٩ بطوكيو . والمرسوم رقم ٨٠/١٧٨ المؤرخ في ١٩ جويلية ١٩٨٠ المتضمن المصادقة على القرض رقم ١٨٠٣ الموقع في ٢٦ / ٠٣ / ١٩٨٠ بواشنطن المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية .... والبنك الدولي للانشاء والتعمير قصد تمويل مشروع خامس يتعلق بالتربية .

يرى فريق من الفقهاء أن ارادة التعاقد من جانب الادارة ، تتكون في القانون العام (الاداري) من عدة عناصره هي الاذن بالتعاقد وابرام العقد والتصديق عليه (٣١٤)، وفي الحالات التي تكون فيها هذه العناصر لازمة بحكم القانون، فاذا افتقد عنصر من هذه العناصر حيث يكون وجوده لازما ، فان الادارة لا تتكون وبالتالي لا يتكون العقد ويعتبر غير موجود قانونا .

بينما يرى فريق آخر من الفقه، عكس ما تقدم ، حيث أن العقد يتكون بمجرد ابرامه والتوقيع عليه من الجهة المختصة ، وأما أثر التصديق على العقد، فانه لا يزيد عن كونه الا أن يجعل العقد نهائيا (٣١٥).

ويؤيد - د. محمد فؤاد مهنا هذا الرأي، بقوله (٣١٦) : أنه أكثر اتفاقا مع المبادئ المسلم بها في موضوع الوصاية الادارية ، حيث أن أعمال الجهات الوصية تعتبر وفقا لهذه المبادئ مستقلة عن أعمال الجهات اللامركزية الخاضعة للوصاية . والتصديق كعمل من أعمال الوصاية لا يعتبر اشتراكا من الادارة الوصية في العمل موضوع التصديق، كما أنه لا يغير من طبيعته .

وعلى هذا الأساس ، فان ما ذهب اليه الرأي الثاني ، هو الأقرب الى الصواب من الناحيتين القانونية والعملية ، وذلك لأن العقد الذى يخضع للتصديق من الجهة الوصية ، لا يعتبر عملا صادرا منها ، وانما يعد

---

(٣١٤) أنظر : MOHAMED KOBTAN - المصدر السابق - ص ٤٢ .

(٣١٥) ، (٣١٦) راجع - د . محمد فؤاد مهنا - المصدر السابق - ص ٧٨٨ .

عملا صادرا من الجهة التي تملك ابرامه والتوقيع عليه(٣١٧)، فمثل هذا العقد يتم تكوينه بمجرد ابرامه من الجهة المختصة، وتنفيذه فقط هو الذي يبقى معلقا على تصديق الجهة الوصية(٣١٨)، كما أن تاريخ التعاقد في الحالة التي يتم فيها التصديق على العقد، هو تاريخ ابرام العقد لا تاريخ التصديق عليه من الجهة التي عينها القانون لذلك(٣١٩) ٠

يضاف الى كل ما تقدم ، أن النشاط العقدي للادارة المتعاقدة، يعتبر من قبيل النشاط التنفيذي الذي تقوم به، ويدخل في صميم الشخصية المعنوية لها ، أما التصديق على هذا النشاط التنفيذي، فانه يعد من قبيل ممارسة حق الرقابة الادارية من قبل الجهات الوصية أو الجهات المركزية التي لها حق التصديق على العقد - ومن ثمة فان مثل هذا التصديق لا يكون له أي أثر قانوني على الرابطة العقدية التي استكملت شروط ابرامها ، وانما يقتصر أثره على المراحل اللاحقة التي تمر بها هذه الرابطة بعد قيامها أو ابرامها ٠ وهو ما يتفق مع المفهوم القانوني الدقيق لفكر الرقابة الذي لا ينفي استقلالية الأشخاص المعنوية العامة في ممارسة النشاط التنفيذي وتحقيق التوازن بين هذه الاستقلالية ورابطة التبعية التي ترتبط بها بالأجهزة الرقابية ٠

---

(٣١٧) أنظر - المادة ٤ ف ٧ - أ - من دفتر الشروط الادارية العامة التي تنص على أنه :(لا تعتبر المبارة صحيحة الا بعد توقيع الصفقة من قبل السلطة المختصة)٠

(٣١٨) راجع أحكام القضاء التي سبقت الاشارة اليها في هذا الخصوص٠

(٣١٩) راجع المرسوم رقم ٨٠/١٢١، والمرسوم رقم٨٠/١٧٨ - سبقت الاشارة اليهما٠

المبحث الثاني

أسلوب التعاقد بالتراضي

لقد نظم المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي أسلوب التعاقد عن طريق التراضي الى جانب أسلوب الدعوة للمنافسة. فنص في المادة ٢٦ منه على أنه :(يبرم المتعامل العمومي صفقاته تبعا للاجراء الخاص بالتراضي أو الاجراء الخاص بالدعوة للمنافسة (٣٢٠) .

ثم عرفت المادة ٢٧ من نفس المرسوم أسلوب التراضي بأنه : (التراضي هو اجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة . و لا تستبعد فيه الاستشارة).

فالادارة وفقا لهذا الأسلوب ، تتحرر من القواعد والاجراءات المقررة في أسلوب الدعوة للمنافسة(٣٢١)، فتتحاور مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في انجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام المتمثلة في انجاز ما هو مقرر بالمخطط الوطني .

على أنه اذ تعلق الأمر بموضوع معقد أو ذو أهمية بالغة، وترى الادارة المعنية، أن أسلوب التحاور مع متعاقد وحيد غير ذي فائدة، ولا يؤدي الى تحقيق الغرض من العمل المطلوب أداؤه على أكمل وجه، فان لها أن تلجأ الى استشارة أكثر من متعامل متعاقد ممن لهم خبرة ودراية في مجال موضوع العقد الذي تنوي الادارة انجازه.

(٣٢٠) سبقت الاشارة لهذه المادة .

(٣٢١) مع التقيد بما ورد في نص المادة ٣٥ من المرسوم المذكور أعلاه والتي تقضي بأنه : (لا يمكن أن يخصص المتعامل العمومي الصفقة الا لمؤسسة قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفيات الابرام المقررة .) .

وجاء في المادة ٤٣ من ذات المرسوم أيضا من أنه : (يعد اللجوء الى التراضي قاعدة عندما تسند الصفقة لأي متعامل عمومي) . وهذا يعني أن ما نصت عليه المادة ٤٤ من نفس المرسوم كذلك ، يعد استثناء من القاعدة ، أي عندما تسند الصفقة الى غير المتعاملين العموميين .

على أن هذا المسلك الذي اتبعه المشرع الجزائري ، يحتم طرح السؤال الآتي : - لماذا جعل أسلوب التعاقد بالتراضي قاعدة واستثناء في ذات الوقت ؟ .

إن الاجابة على هذا السؤال تكمن في الهدف الذي يسعى المشرع الى تحقيقه ، وهو دعم ومسايرة النهج الاشتراكي الذي تبنته البلاد ، عن طريق تشجيع وتقوية المبادلات بين المؤسسات الاشتراكية على أساس العلاقات التعاقدية بين هذه المؤسسات من جهة ، والاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص الوطني والأجنبي فيما لا يمكن الحصول عليه من مؤسسات القطاع العام من جهة ثانية .

وعلى هذا الأساس ، وتحقيقا لتوضيح الاجابة على هذا التساؤل المطروح قدر الامكان ، ندرس أسلوب التعاقد بالتراضي بوصفه قاعدة واستثناء أولا ، ثم نحاول إبراز القيود التي يفرضها المشرع على جهة الادارة المعنية بالتعاقد في كلتا الحالتين ثانيا :

المطلب الأول

التعاقد بالتراضي قاعدة واستثناء

سبق القول بأن المشرع سلك هذا السبيل جريا وراء تحقيق دعم المبادلات بين كافة قطاعات الدولة ومؤسساتها ، وتمكينا للجهات المتعاقدة

من الاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص فيما لا يمكن أن توفره قطاعات الدولة ومؤسساتها ، وذلك تجسيدا وتنفيذا لما تقرره المخططات الوطنية. لهذا السبب فإنه يكون من المفيد كذلك تقسيم الدراسة في هذا المطلب الى نقطتين أساسيتين ، تختص أولاهما ببحث أسلوب التراضي عندما يسند العقد لمتعامل عمومي ، وتتناول ثانيهما أسلوب التراضي عندما يسند العقد لمؤسسة أو شخص من أشخاص القانون الخاص.

أولا : أسلوب التراضي قاعدة عندما يسند العقد لمتعامل عمومي :

في ظل النظام الاشتراكي - كما هو معلوم - يخضع كل شيء لمبدأ التخطيط، وتقام مشاريع الدولة المختلفة بهدف تنفيذ مخططات التنمية الوطنية بجميع جوانبها ، ولا تقام المشاريع إلا لهذا الغرض وحده، وعليها أن تقوم بما هو ضروري لتنفيذ الخطة، ولا يجوز لها أن تقوم بأنشطة وأعمال لا علاقة لها بما هو مرسوم ومحدد من قبل خطة التنمية (٣٢٢) .

وتنفيذ خطة التنمية يتطلب بالضرورة تدعيم التنسيق وتشجيع التعاون في شتى المجالات وعلى جميع المستويات بين مختلف قطاعات الدولة ومؤسساتها في أي مجتمع يريد أن يبني اقتصاده على أساس اشتراكي.

ولقد أدرك المشرع الجزائري ، ضرورة وأهمية التنسيق والتعاون بين مختلف القطاعات والمؤسسات ، منذ بداية السبعينات ، حيث أشار اليها في المخطط الرباعي الأول (١٩٧٠ - ١٩٧٣) ثم كرس هذه الضرورة في المخطط الرباعي الثاني (١٩٧٤ - ١٩٧٧) وذلك عن طريق إقراره، لعقود الخطة (العقود المبرمجة) والتي اعتبرها أدوات مرنة لتحقيق التنسيق والتعاون بين القطاعات

(٣٢٢) راجع - د. صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦٢ ، ٦٣ .

والمؤسسات (٣٢٣) .

ولأجل تحقيق هذه الغاية ووضعها موضع التطبيق أدخلت العقود المبرمجة ضمن قانون الصفقات العمومية (٣٢٤)، حتى يساير هذا القانون ويتماشى مع الاعتبارات والأولويات التي رسمتها خطة التنمية الوطنية، بعد أن كان المشرع قد أخرج المنازعات الناشئة عن العقود التي تجريها الشركات الوطنية فيما بينها من اختصاص المحاكم العادية، واخضاعها للتحكيم فقط (٣٢٥)، تفاديا للاجراءات المعقدة والشكليات المطلوبة في حالة رفع النزاع الى القضاء، مما يؤدي الى التعطيل والعرقلة في تنفيذ الخطة .

و في المخطط الخماسي الأول (٣٢٦)، يؤكد المشرع ويرسخ ، ضرورة تدعيم التنسيق وتشجيع التعاون بين القطاعات والمؤسسات ، حيث اعتبر تقدم البرمجة والتنظيم والتنسيق التجاري مرهون بتصميم العلاقات التعاقدية بين هذه القطاعات والمؤسسات في اطار أهداف المخطط ككل والمخططات السنوية، على أساس أن العقد، وحسب ما جاء في نفس المخطط ، هو الأداة المثلى لانجاز مخططات المؤسسات ، وذلك بالنظر لما يقوم به من تنفيذ العلاقات القانونية والاقتصادية والمالية فيما بين هذه المؤسسات ، أثناء فترة تخطيطية معينة وفي مستوى لا مركزي للقرار (٣٢٧) .

ولقد تبلورت ضرورة التنسيق والتعاون بين مشاريع أجهزة الدولة المسجلة في خطة التنمية ، من خلال المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (٣٢٨)، الذي ينص في المادة الثانية منه على أنه :

---

(٣٢٣) راجع - د. احمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - المصدر السابق - ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ .

(٣٢٤) وذلك بموجب الأمر رقم ٧٦/١١ الصادر في ١٩٧٦/٠٢/٢٠ المتضمن لاقرار العقود المبرمجة .

(٣٢٥) تم ذلك بمقتضى الأمر رقم ٧٥/٤٤ المؤرخ في ١٧ جوان ١٩٧٥ المتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات .

(٣٢٦) سبقت الاشارة اليه .

(٣٢٧) أنظر المواد : ٣٠ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٤ من نفس المخطط .

(٣٢٨) سبقت الاشارة اليه .

(تحدد صفقة المتعامل العمومي أداة لانجاز المخطط الوطني)، ثم يبين الأسلوب الذي يمكن عن طريقه أن تسهم هذه الأداة (العقد) في انجاز الخطة في المادتين ١٥ و ١٦ منه .

فبعد أن أعطى المرسوم - سالف الذكر - للأجهزة المعنية بابرام العقود، امكانية اللجوء الى ابرام عقدبرنامج أو صفقة طلبات ، بنص المادة ١٥ ، عرف في المادة ١٦ عقد البرنامج ، حيث جاء فيها : (يكتسي عقد البرنامج شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات ، تكون بمثابة مرجع، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية....) ثم وضح في نفس المادة، بأن هذه الاتفاقية ، يجب أن تحدد طبيعة الخدمات الواجب تأديتها وأهميتها وموقع البرنامج وكلفته التقديرية ويومية لانجازه . وفي ذات المادة أيضا عين بأن عقد البرنامج يبرم مع المتعاملين العموميين ، ولكنه يمكن أن يبرم مع المتعاملين الأجانب الذين يستفيدون من ضمانات الدولة أو من ضمانات حسن التنفيذ الملائمة (٣٢٩) .

(٣٢٩) غير أن الذي يلاحظ على المشرع في هذا الخصوص ، هو أنه جعل الأمر جوازي، فللادارة أن تلجأ الى ابرام عقد برنامج أو صفقة الطلبات ، ولها أن تستغني عن اتباع هذا الأسلوب ، فهو بهذا النص يجعل الأجهزة المعنية في غنى عن الالتجاء الى ابرام العقود المبرمجة، وهذا يعني أن ما ورد في المخطط من ضرورة التنسيق والتعاون بين هذه الأجهزة لم يتحقق، وبالنتيجة عدم تنفيذ الخطة الوطنية ككل ، الأمر الذي يؤدي حتما الى عدم تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية المطلوب لانجازها ، لهذا كان من الأجدر بالمشرع أن ينص على ذلك في صيغة الالزام لا في صيغة الجواز أو الامكان ، كما جاء في نص المادة ١٥ المذكورة أعلاه . .../...

ومع ذلك، فإن عقود الخطة في الجزائر، لم تشكل بعد فئة قانونية واضحة، على حد تعبير - الأستاذ محيو (٣٣٠)، إلا أنها تشكل خطوة هامة في بناء علاقات التعاون بين المشاريع على أساس منهجي يكاد يقترب من المنهج العلمي المتبع في الدول الاشتراكية.

والى هذه النتيجة تقريبا انتهى - د. رياض عبد عيسى الزهيري وهو بصدد دراسة عقود الخطة في العراق، حيث يقول : (٣٣١) أن استخدام الأسلوب المختلط لابرام هذه العقود وتحديد شروطها بموجب العمل الاداري للتخطيط، قد يجعلها تقترب كثيرا من فكرة العقود المنظمة التي عرفتها الدول الاشتراكية، مع اختلاف في درجة تحديد وتفصيل الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة، حيث يصل الأمر في العقود المنظمة الى تسمية أحد أطراف العقد الذي يجب عليه تنفيذ مهمة مخططة معينة ويترك له الخيار في تحديد المتعاقد معه لتنفيذ هذه المهمة.

= يضاف الى ما تقدم فإن المشرع، أعطى إمكانية لإبرام العقود المبرمجة مع المؤسسات الأجنبية، بصريح نص المادة ١٦ سالفة الذكر أيضا، وإن عطاء هذه الامكانية يؤدي دون شك الى تفضيل المؤسسات الأجنبية عند ابرام مثل هذه العقود، نظرا لما تعرضه من مغريات ظاهرية، فيكون هذا التعامل على حساب المؤسسات الوطنية، ومن ثمة على حساب الانتاج والاقتصاد الوطني بوجه عام، لهذا كان حري بالمشرع أن يبقى على نص المادة ١١ مكرر ٤ من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧، والتي تجعل عقد البرنامج لا يبرم إلا مع المؤسسات الاشتراكية أو شركات الاقتصاد المختلط ذات الأغلبية العمومية.

(٣٣٠) راجع مؤلفة : محاضرات في المؤسسات الادارية المصدر السابق - ص ٣٥٨، ٣٥٩.

(٣٣١) أنظر مؤلفه - العلاقات التعاقدية - المصدر السابق - ص ٤٨٠.

وعموما ، فإنه على الرغم مما يحتوي بعض النصوص القانونية من نقص أحيانا وتضارب بها أحيانا أخرى ، مع قانون الصفقة ، كما هو الشأن في نص المادتين ١٥ ، ١٦ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي • واللتين سبقت الاشارة الى التعليق عليهما في الهامش ، فإنه بتفحص النصوص القانونية المتعلقة بإبرام العقود بشكل عام ، يتبين بجلاء أن الدافع الذي أدى بالمشرع الجزائري الى جعل أسلوب التعاقد بالتراضي قاعدة عندما يسند العقد أو الصفقة لمتعامل عمومي (لجهاز من أجهزة الدولة)، يتمثل في الضرورة الحتمية لتوطيد العلاقات بين كافة هذه الأجهزة والمؤسسات عن طريق التنسيق والتعاون فيما بينها على أساس العلاقات التعاقدية المنظمة في شكل مبرمج، يهدف الى تنفيذ الخطة الوطنية للتنمية الشاملة والمتكاملة في ذات الوقت (٣٣٢) •

---

(٣٣٢) المادة ٢ من القرار المتضمن احداث لجنة المشتريات المجمعة بوزارة الداخلية والمجموعات المحلية - سبقت الاشارة اليه - تنص على أنه :
(تعد لجنة المشتريات المجمعة برنامج استيراد الجماعات المحلية والمؤسسات الموضوعة تحت الوصاية • للأعتدة والتجهيزات وتتخذ جميع الاجراءات التي تساعد على انجاز ذلك في اطار النمطية والبحث عن أفضل الشروط لا سيما الكلفة والجودة والخدمة بعد البيع •

تعد اللجنة بهذه الصفة دفاتر المواصفات التقنية النموذجية وتبادر بجميع الاستشارات والمناقصات الدولية المناسبة •

كما تضع علاوة على ذلك ، نصوص العقود المبرمجة والعقود النموذجية التي تستعمل كإطارات أو أساس للطلبات المحتملة من الجماعات المحلية والمؤسسات المعنية) •

فجعل التعاقد بالتراضي في هذه الحالة أمر مرغوب فيه لسببين :
الأول ، أن ملكية أموال المتعاقدين ذات أصل واحد ، وهو الملكية العامة لوسائل الانتاج ، وأن مهام الطرفين المتعاقدين محددة ضمن خطة واحدة شاملة حتمية التنفيذ ، الشيء الذي يؤدي الى عدم وجود تناقض بين مصالحهما ، كما لو كان أحد الطرفين مؤسسة خاصة . والثاني أن التعاقد بالتراضي في مثل هذه الحالات يدل على الارتياح النفسي والاقتصادي ، فهو يقوم الضمان المسبق بأن الالتزامات الناجمة عن الخطة كانت مفهومة تماما من قبل الأجهزة التي تنوي التعاقد بأسلوب التراضي ، وأن ممثلي هذه الأجهزة عندما يوقعون على مثل هذه العقود ، انما يعبرون بذلك عن اقرارهم بأن الالتزامات والمهام المحددة في الخطة قابلة للتنفيذ (٢٣٣) .

ثانيا : التعاقد بالتراضي استثناء عندما يسند العقد الى غير المتعاملين العموميين .

اذا كانت القاعدة أو الأصل في أسلوب التعاقد بالتراضي ، هي اسناد العقد الى جهاز من أجهزة الدولة ، فان المشرع كذلك لم يغفل النص على

---

(٢٣٣) أنظر الأمر المتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسات الاشتراكية وسلطاة الوصاية والادارات الأخرى التابعة للدولة ، الذي يقضي في المادة ٥ ف ٥ منه ، بأن تساهم المؤسسة في تقوية العلاقات بين مختلف القطاعات عن طريق تطوير الصلاحيات بين المؤسسات الاشتراكية ، القائمة على أساس عقود للتخطيط - سبقت الاشارة اليه - . وكذلك راجع - المبادئ الأساسية لبناء الاشتراكية - الفقرة الثامنة من الباب الأول من الميثاق الوطني (١٩٧٦) . وأيضا - د. صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦١ ، ٦٣ .

وضع استثناء يرد على هذه القاعدة ويؤكدها في نفس الوقت • والهدف أو الغرض من هذا الاستثناء هو تحقيق الاستفادة الكاملة للامكانيات التي يتوفر عليها القطاع الخاص الوطني الذي يعتبر جزء لا يتجزأ من التنظيم الاجتماعي في البلاد (٣٣٤) • وكذلك الاستفادة من إمكانيات المؤسسات الأجنبية في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة ، أو فيما لا يمكن أن توفره المؤسسات الوطنية في القطاعين •

وبهذا يقضي نص المادة ٤٤ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سالف الذكر ، الذي يعطي إمكانية إستثنائية للادارة في أن تلجأ الى أسلوب التعاقد عن طريق التراضي مع غير المتعاملين العموميين ، كلما رأت أن هذه الوسيلة في الابرام أكثر نفعا ونجاعة في تحقيق العمل أو الخدمة المطلوب آداؤها ، وخاصة في الأحوال الآتية :-

١ - عندما يسند العقد أو الصفقة الى متعاقد أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة •

٢ - عندما لا يمكن تنفيذ أو تقديم الخدمات إلا من متعامل متعاقد وحيد له وضعية إحتكارية أو صفة إمتيازية في إمتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها الادارة المتعاقدة •

---

(٣٣٤) راجع في هذا الشأن ما جاء في الميثاق الوطني (١٩٧٦) الباب الأول ، الفقرة الثامنة ، تحت عنوان المبادئ الأساسية لبناء الاشتراكية (القضاء على استغلال الانسان للانسان) • وكذلك المادة ١٦ من الدستور (١٩٧٦) - سبقت الاشارة اليهما •

٣ - عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية، كأن تعلن الادارة مثلا عن رغبتها في ابرام عقد معين عن طريق الدعوة للمنافسة، ولم يتقدم أي عارض أو تقدم عارض وحيد .

٤ - في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان لا يسعه التكيف مع آجال الدعوة للمنافسة والاجراءات التي تمر بها .

٥ - في حالة تموين مستعجل مخصص لحماية سير الاقتصاد الوطني أو توفير احتياجات السكان الأساسية (٣٣٥) .

٦ - حين لا يمكن توفير الخدمات الا من متعامل متعاقد معين بسبب الرابطة التكنولوجية المباشرة الموجودة من قبل (٣٣٦) .

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى أن الحالات التي ذكرتها المادة ٤٤ السابق بيانها، والتي يمكن عند توافر أسبابها اللجوء الى ابرام العقود

---

(٣٣٥) الفرض أنه في ظل الاقتصاد الاشتراكي المبني على التخطيط المحكم، أن مثل هذه الحالات لا وجود لها، والا ما الفائدة من اتباع أسلوب التخطيط .

(٣٣٦) ان الأخذ بهذا العنصر الذي وضعه المشرع كسبب للجوء الى التعاقد بال بالتراضي مع المؤسسات الأجنبية، يعني أن اقتصادنا لم ولن يتخلص من التبعية، لأن الادارات المتعاقدة تميل في الكثير من الأحيان الى السهل المضمي ولو ظاهريا بحجة الرابطة التكنولوجية القائمة بينها وبين المؤسسات الأجنبية من قبل، والأمثلة على ذلك كثيرة في الميدان العملي .

بالتراضي مع غير المتعاملين العموميين ، هي حالات وردت على سبيل المثال لا الحصر ، فضلا عن أن أسباب معظم تلك الحالات ، هي أسباب مرنة ومطاطة ، يصعب إيجاد معايير محددة وثابتة بشأنها ، يتحدد على ضوئها تقرير ابرام العقود وفقا لهذا الأسلوب الاستثنائي ، وهذا يعني أن هذا الاستثناء قد يتحول من الناحية العملية الى قاعدة ، وتصبح القاعدة ، المتمثلة في ابرام العقود بالتراضي عندما تسند الى المتعاملين العموميين ، هي الاستثناء وربما تختفي من التطبيق العملي أصلا .

لذلك كان من الأفضل ، أن ترد في النص هذه الحالات على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، وأن تحدد أسباب كل حالة منها بدقة ، حتى لا يطغى الاستثناء على القاعدة ويبتلعها ، فتنعدم بذلك أساليب التنظيم والتنسيق الاقتصادي التي تجعلها المخططات مرونة بتعميم العلاقات التعاقدية بين قطاعات الدولة ومؤسساتها .

المطلب الثاني

القيود التي تحد من حرية الادارة في أسلوب التعاقد بالتراضي

إن اتباع أسلوب التراضي في ابرام العقود من طرف الادارة ، سواء كان هذا الأسلوب قاعدة أو استثناء ، يعفيها أو يخفف عليها من ثقل اتباع الاجراءات المقررة في أسلوب ابرام عقودها عن طريق الدعوة للمنافسة ، لكن هذا لا يعني بحال من الأحوال ، أن الادارة حينما تتبع هذا الأسلوب تصبح حرة طليقة ، لا يحد من حريتها أي قيد ، بل على العكس من ذلك ، فإن المشرع

وضع جملة من القيود يتعين على الادارة المعنية بابرام العقد أن تراعيها وبدقة ، مهما كان الأسلوب المتبع في ابرام العقد ، ويمكن اجمال هذه القيود بشكل عام فيما يلي :-

أولا : ما نصت عليه المادة ٢ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، سابق الذكر - والتي جاء فيها : (تعد صفقة المتعامل العمومي أداة لانجاز المخطط الوطني) • فهذا النص يجعل جميع أجهزة الدولة مقيدة بما يرد في قانون الخطة ، لدى ابرامها لعقودها ، فهي مقيدة بما هو ضروري لتنفيذ الخطة ، ولا يجوز لها أن تقوم بأنشطة وأعمال لا علاقة لها بالخطة • فالموءسسة المسوءولة عن انتاج كذا كيلو من الحديد ، طبقا لمعطيات الخطة ، ملزمة بتنفيذ مهامها المقررة ، وهي لا تستطيع انتاج أنابيب معدنية أو قضبان سكك الحديد ، بدعوى أن هذا النشاط يلائمها أفضل أو يدر عليها أرباحا أكثر •

فواقع المهمة الموضوعة لكل مشروع أو موءسسة ، هي قبل ابرام أي عقد مقررة مسبقا بعمل اداري تخطيطي ، وأن هذا العمل الاداري يشكل ما هو سبب العقد الذي سوف يبرم ، وأن دور العقد لا يمكن أن يتمثل الا بدلالة العمل الاداري المقصود ، تحقيقا للأهداف المسطرة في الخطة (٣٣٧) •

ونذكر على سبيل المثال لا الحصر ، أنه من بين الأهداف التي سطرها المخطط الخماسي الأول (٣٣٨) ، والتي أوجبت على جميع أجهزة الدولة أن تتقيد بها وتضعها نصب أعينها ، مع بذل كل جهد لتحقيقها :

(٣٣٧) للمزيد من التفصيل - راجع - د• صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦٢ ، ٦٣ • وكذلك - د• رياض عبد عيسى الزهيري - العلاقات التعاقدية - المصدر السابق - ص ٤٧٩

(٣٣٨) سبقت الاشارة اليه •

أ - تعزيز بناء الاقتصاد الاشتراكي في إطار توجيهات الميثاق الوطني والدستور، وذلك لضمان تغطية الحاجات الأساسية للمواطنين، والتحكم في الانتاج الوطني وتوسيعه وتنويعه وتكييفه مع تطور الحاجات الحقيقية .

ب - العمل على تطور النشاطات الاقتصادية المتكاملة، وذلك بالاسراع في تنفيذ البرامج والمشاريع الهادفة الى تحقيق ذلك ، واحترام الجداول الزمنية المقررة لادخال المشاريع التي هي في طريق الانجاز في حيز الانتاج .

ج - مراعاة ترتيب الأولويات المقررة في المخطط ، والمتمثلة في تدعيم قدرات الانتاج المتوفرة وإضفاء القيمة عليها وإحداث طاقات إنجاز جديدة ، لتمكين البلاد من الاكتفاء الذاتي في بعض احتياجاتها .

د - العمل على تطوير أشكال تنظيم الانتاج على مستوى الجماعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية ، في ظل احترام قواعد الاستعمال العقلاني لطاقات الانتاج على هذين المستويين ، والتحكم في التكاليف والقضاء على التبذير .

هـ - مراعاة حتميات التسيير والتكاليف في إطار شامل ومنسجم من خلال تطبيق برامج منسقة تندرج فيها سائر وجوه نشاطات المؤسسات والهيئات العمومية .

<u>ثانيا</u> : إن حرص المشرع على تطبيق ما تسطره المخططات الوطنية ووضعه موضع التنفيذ على الوجه السليم ، جعله ينص على إحداث مجالس ولجان للتنسيق بين جميع قطاعات الدولة ومؤسساتها ، فنص على تشكيل

مجالس التنسيق الخاصة بالمؤسسات الاشتراكية في المرسوم رقم ٥٦ / ٧٥ المؤرخ في ٢٦ أفريل ١٩٧٥ • وقد صدرت مجموعة كبيرة من القرارات التطبيقية لهذا المرسوم، خاصة ما بين سنتي ١٩٧٦ و ١٩٨١ • أما فيما يخص المجموعات المحلية والمؤسسات الموضوعة تحت الوصاية ، فقد صدر قرار بشأن تكوين أو إحداث لجنة المشتريات المجمعة سنة ١٩٨١ (٣٣٩) •

والهدف من إنشاء هذه المجالس أو اللجان ، هو تحقيق الانسجام في مجال البرمجة المشتركة ودراسة امكانيات تطبيق الوسائل المتعلقة بالعمل المشترك ما بين المؤسسات والهيئات العمومية ، حتى لا تحيد هذه الأخيرة عن الأهداف المرسومة لها ضمن قانون الخطة • ومن ثمة فإن من الواجب على جميع هذه الهيئات والمؤسسات ، قبل إقدامها على إجراء أي تصرف أو ابرام أي عقد ، أن تتقيد بما تقرره هذه اللجان أو المجالس التي ما وجدت إلا لوضع ما تقرره خطة التنمية موضع التنفيذ •

ثالثا : القيود التي يفرضها القانون رقم ٠٢ /٧٨ المؤرخ في ١١ فبراير ١٩٧٨ المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية ، والتي يجب أن تتقيد بها كافة الادارات والمؤسسات والهيئات العمومية ، في مجال إبرام عقودها كيفما كانت طريقة الابرام ، سواء من حيث البرنامج العام السنوي للاستيراد والتصدير الذي يتم تحديده من طرف الحكومة وفقا لمعطيات الخطة ، أو أو فيما يتعلق بشرط استبعاد الوسطاء من عمليات التجارة الخارجية (٣٤٠) •

(٣٣٩) سبقت الاشارة اليه •

(٣٤٠) أنظر المادة ١٢ من نفس القانون ، التي تنص على أنه :(يجب أن تتضمن الصفقات والعقود التي تبرمها الدولة وهيئات الدولة ،••• مع المؤسسات الأجنبية ، شرطا تحت طائلة البطلان ، يسمى شرط استبعاد الوسطاء •••••) •

رابعا : أن حرية الادارة مقيدة في مجال ابرام العقود بوجه عام كذلك بما نص عليه المرسوم المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، فهي مقيدة بمراعاة توجيهات الجهات الوصية (٣٤١) . لدى اقدامها على ابرام أي عقد أو صفقة، مهما كان الأسلوب الذي تنوي اتباعه في ابرام العقد. كما أنهـا مقيدة بأن تقتني الانتاج الوطني قبل غيره في حالة توفره (٣٤٢)، وفضلا عن ذلـك فان حرية الادارة مقيدة باتباع بعض الاجراءات، حتى في أسلوب التعاقد بالتراضي؛ وترد هذه الاجراءات والقواعد في وثائق مكتوبة أو في دفاتر الشروط بجميـع أنواعها (٣٤٣)، باعتبارها العناصر المنشئة للصفقات العمومية (٣٤٤) .

خامسا : وحرية الادارة مقيدة كذلك بالشروط التي قررها المشرع لحماية اليد العاملة الجزائرية، طبقا لما نص عليه القانون رقم ٨١/١٠ المؤرخ في ١١ جويلية ١٩٨١ المتعلق بشروط استخدام العمال الأجانب (٣٤٥) .

سادسا : وأخيرا، فان حرية الادارة في مجال ابرام العقود وبأي أسلوب كان، مقيدة في جميع الأنظمة - رأسمالية كانت أم اشتراكية - من نواح ثلاث(٣٤٦): فهي مقيدة أولا في عملية تحديد القيمة، لأن هذه القيمة موضوعية وليست ذاتيـة، وهي مقيدة ثانيا، بقاعدة التوازن في التبادل، لأنه في عالم الانتاج السلعي حتى الرأسمالي، ما من مهارة وما من قوة تستطيع تحديد مثل هذا التوازن مجموعيـا وبصفة دائمة. وحرية الادارة مقيدة ثالثا بالاستحالة التي تجعلها غير قادرة علـى اجراء تصحيح في توزيع وسائل الاستهلاك ما دامت علاقات الانتاج لم تتعرض الى تغيير جذري.

---

(٣٤١) راجع المواد: ٣٦،٢٦،١ من الأمر المتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسات الاشتراكية وسلطة الوصاية- سبقت الاشارة اليه.

(٣٤٢) راجع المادة ٢٥ من المرسوم المتضمن كيفية ابرام الصفقات - سالف الذكر.

(٣٤٣) سنعود الى دراسة الوثائق المكتوبة ودفاتر الشروط في الفصل الخاص بقيـد الكتابة.

(٣٤٤) راجع المادتين ٦٥ من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ .

(٣٤٥) راجع المواد: ٢١٣،٦٠٠،٦٠٤،٤٥ من القانون رقم ٧٨/١٢ المؤرخ في ٥ أوت ١٩٧٨ المتضمن القانون الأساسي العام للعامل.

(٣٤٦) راجع - د. صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦٣ وما بعدها .

الفَصْل الثّالث

القيُودُ المُتَعلّقَة بالشّكل الكِتَابي في عُقود الأدَارة

الفصل الثالث

القيود المتعلقة بالشكل الكتابي

في عقود الادارة

الأصل في العقود التي تبرم بين الأفراد، هو الرضائية، فينعقد العقد وفقا للمادة ٥٩ من القانون المدني (٣٤٧) بمجرد أن يتبادل طرفين التعبير عن ارادتسين متطابقتين (٣٤٨). بمعنى أن عقود القانون الخاص، لا تخضع في صحتها لأي شكل من الأشكال ، كما أن طبيعتها وأحكامها لا تتأثر بالشكل الذى أبرزت فيه سواء انعقدت شفاهة أو كتابة (٣٤٩).

غير أنه استثناءا من هذا الأصل، فان القانون المدني، يشترط لانعقاد بعض العقود اتباع شكلية معينة، أي افراغها في شكل معين. ويمكن رد الشكليات التي تشترط لانعقاد بعض العقود بين الأفراد الى نوعين : الرسمية والكتابة (٣٥٠) .

---

(٣٤٧) سبقت الاشارة اليه .

(٣٤٨) فالمادة ٥٩ من نفس القانون تنص على ما يلي : (يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية) .

(٣٤٩) راجع في هذا الخصوص :-

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - المصدر السابق - ص٣٦ وما بعدها .
- د. محمود حلمي - المرجع السابق - ص١٢ .
- د. رياض عبد عيسي الزهيري - المرجع السابق - ص ٣٧٢ .

(٣٥٠) راجع المادتين ٧٩٣ ، ٨٠١ من نفس الأمر المتضمن القانون المدني .

والعقد الرسمي ، هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه أمام موظف عام أعد لذلك ، يسمى الموثق (٣٥١)، فهبة العقار والرهن الرسمي لا تتم ولا تنعقد إلا اذا كانت بعقد رسمي يوقع أمام الموثق .

أما الكتابة ، فمقتضاها الا يتم الاتفاق إلا اذا كان مكتوبا وفق الشكل الذي يحدده القانون ، وهنا تجب التفرقة بين الكتابة المطلوبة لانعقاد العقد ، والكتابة المشترطة لاثباته . فالكتابة اللازمة لانعقاد العقد ، تجعل العقد شكليا لا ينعقد إلا اذا كان مكتوبا (٣٥٢) ، بينما الكتابة المطلوبة لاثباته ، لا تمنع من أن ينعقد العقد بمجرد توافق الارادتين ، ولو أن اثباته لا يجوز إلا بالكتابة (٣٥٣) .

فالقاعدة إذن هي مبدأ رضائية العقود بين الأفراد في ظل أحكام القانون المدني ، والاستثناء ، هو الشكلية التي يتطلبها هذا القانون في بعض الأنواع من العقود .

---

(٣٥١) نصت المادة ٨٨٣ من التقنين المدني - سالف الذكر - بأنه :
(لا يعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون) .

(٣٥٢) أنظر المادة ٤١٨ من نفس القانون التي تقضي بأنه : (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ....) .

(٣٥٣) حيث جاء في المادة ٣٣٣ من نفس القانون ما يلي : (في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ١٠٠٠ دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ....) .

لان التسليم بهذه القاعدة في مجال العقود التي تبرم بين الأفراد ، يؤدي الى ضرورة التساؤل عن مدى وجود هذه القاعدة أو عدم وجودها في مجال العقود التي تبرمها الادارة ؟ .

للاجابة على هذا التساؤل، يتعين بيان موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع من هذه المسألة أولا ، ثم توضيح أنواع الوثائق المكتوبة في عقود الادارة ثانيا .

وعلى ذلك سوف تكون دراسة هذا الموضوع في مبحثين :
الأول يتعلق ببيان وتحديد موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع من التقيد بالشكل الكتابي في عقود الادارة. والثاني يتناول توضيح أنواع الوثائق المكتوبة ومدى أهميتها في تقييد حرية الادارة في مجال ابرام العقود .

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء والتشريع من التقيد بالشكل الكتابي في عقود الادارة .

لقد اختلفت الآراء الفقهية في مسألة تقييد حرية الادارة بالشكل الكتابي في مجال ابرام عقود ما ، ونتيجة لهذا الاختلاف الفقهي، فلان أحكام القضاء لم تتخذ موقفا واضحا من هذه المسألة أيضا. أما التشريع فقد جعل القاعدة هي الزامية الكتابة في جميع العقود التي تبرمها الادارة، ولم يرتب على هذه القاعدة الا استثناء وحيد يتمثل في حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للادارة .

ولتحليل هذه المواقف بشيء من التفصيل نقسم الدراسة في هذا المبحث الى مطلبين :

الأول : موقف الفقه والقضاء من التقيد بالشكل الكتابي في عقود الادارة .

الثاني : موقف التشريع من التقيد بالشكل الكتابي في عقود الادارة .

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء من التقيد بالشكل الكتابي في عقود الادارة

سبق الذكر بأن الآراء الفقهية ، اختلفت في مسألة تقييد حرية الادارة بالشكل الكتابي في خصوص ابرام عقودها ، فالبعض يرى وجوب التفرقة بين عقود الادارة الادارية وعقود الادارة المدنية ، والبعض الآخر يرى وجوب اعمال قاعدة الرضائية فيما لم ينص عليه المشرع ، وفريق ثالث يجعل من الكتابة في مجال العقود التي تبرمها الادارة عاملا جوهريا يترتب على عدم مراعاتها البطلان .

وسبق الذكر أيضا بأنه نتيجة لهذا الاختلاف الفقهي ، فان أحكام القضاء لم تتخذ موقفا واضحا من مسألة التقيد بالزامية الكتابة في عقود الادارة ، وان كانت تشير ولو بمعنى المخالفة الى ضرورة التزام الادارة بالكتابة في هذا المجال .

أولا : موقف الفقه من الشكل الكتابي لعقود الادارة :

يذهب رأي فقهي قديم (٣٥٤) الى اعتماد الشكليات كأساس للتمييز بين العقود الادارية عما عداها من عقود الادارة، فيرى بأن الكتابة ركن من أركان العقود الادارية - العقود التي يحكمها القانون العام - ومن ثمة فإنه يترتب على عدم استيفاء هذه العقود لهذا الركن بطلانها. أما فيما يخص عقود الادارة - العقود التي تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص - فإنها تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات على غرار العقود المبرمة بين الأفراد.

وما يلاحظ على هذا الرأي، هو أنه يجعل شكل العقد الاداري كمعيار يميزه عن عقود الادارة الخاضعة للقانون الخاص. والواقع أن اشتراط، أن يكون العقد مكتوبا، هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته، اضافة الى أن التفرقة بين عقود الادارة الادارية وعقود الادارة المدنية ذاتها منتقدة من طرف الكثير من رجال القانون العام (٣٥٥)، كما أن هذه التفرقة لا تجد مكانها إطلاقا في التشريعات الاشتراكية (٣٥٦).

(٣٥٤) من بين الذين قالوا بهذا الرأي - الفقيه هوريو - الذي أشار اليه - د. الطماوي - في مؤلفه الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٦٨ الهامش رقم ٣ .

(٣٥٥) من بين هؤلاء نذكر :
- د. حماد محمد شطا - المصدر السابق - ص ٧٥ - وما بعدها .
- د. محمد فؤاد مهنا - المرجع السابق - ص ١٤٨ .
- د. محمد أنس قاسم - المصدر السابق - ص ١٣ - وما بعدها .

(٣٥٦) راجع في هذا الخصوص
- د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ٢٧٣ - وما بعدها.
- د. صفاء الحافظ - المصدر السابق - ص ٦٢ - وما بعدها.

ويرى فريق آخر، أن الأصل والمبدأ العام المسلم به في نطاق العقود التي تبرمها الادارة، أن الادارة العامة تتمتع بقاعدة حرية التحرر من الشكليات ما لم يشترط القانون صراحة شكلية من الشكليات في مجال إبرام عقودها (٣٥٧) .

ووفقا لهذا الرأي، فإنه يكفي لانعقاد العقد وتكوينه كعمل قانوني اتفاقي أو تعاقدي ، أن تتلاقى إرادة الادارة مع إرادة المتعاقد معها ، وتتوافقا على جميع عناصر أو شروط العقد لقيام الرابطة التعاقدية، دون أن يكون للكتابة أثر على قيامه، إلا اذا كان المشرع يشترط الكتابة صراحة .

غير أن أنصار هذا الرأي، يسارعون الى القول ، بأن العقود الادارية غالبا ما تكون مكتوبة، فهي إما عقود مكتوبة بطبيعتها ، كما هو الشأن في عقود الامتياز التي هي دائما عقود إدارية مكتوبة(٣٥٨)، وإما أن تكون عقود مكتوبة في أغلب مراحل انعقادها ومعظم إجراءاتها ، حتى ولو لم تصب في النهاية في وثيقة مكتوبة، إضافة الى أن الادارة العامة كثيرا ما تفضل الالتجاء الى الشكل الكتابي لأنه الطريق الأسلم (٣٥٩) .

(٣٥٧) ومن أنصار هذا الرأي : - الفقيه - دي لوبادير - الذي أشار اليه د. الطماوي في مؤلفه الأسس العامة للعقود الادارية- المصدر السابق - ص ٣٧١ الهامش رقم ١ - د. الطماوي نفس المصدر- ص ٣٦٨ - و د. محمود حلمي - المصدر السابق -ص١٢- و د. أحمد محيو- في مؤلفه محاضرات في المؤسسات الادارية المصدر السابق - ص ٣٦٦ - و د. عوابدي عمار- دروس في القانون الاداري- المرجع السابق -ص٢٦٥ .

(٣٥٨) أنظر- د. محمد فؤاد مهنا- في بحث له خاص بعقود الامتياز البترولية في الدول العربية- منشور بمجلة القانون والعلوم السياسية- الحلقة الدراسية المنعقدة - ببغداد- جانفي١٩٦٩ - الجزء الثاني -طبعته الهيئة المصرية للكتاب- القاهرة ١٩٧٣ -ص٣٣١ وما بعدها .

(٣٥٩) أنظر- د. الطماوي- الأسس العامة للعقود الادارية- المصدر السابق- ص٣٧٣ .

.../...

ويذهب فريق ثالث ، وهو الراجح ، الى القول ، بأن الأصل في العقود التي تجريها الادارة أن تكون محررة ، سواء أبرمت وفقا لأسلوب التراضي أم تبعا لأسلوب الدعوة للمنافسة ، ومن ثمه ، فان مراعاة شرط الكتابة في العقد وافراغه في الشكل القانوني أمر ضروري ولازم لانعقاد العقد ، وبدونه لا يعتبر العقد منعقدا ، ومعنى ذلك فان عدم مراعاة الشكل الكتابي في العقود المبرمة من قبل الادارة يؤدي حتما الى بطلانها (٣٦٠) .

ومما يدعم هذا الرأي ويظهره على غيره ، أن التطور المتلاحق للظروف الاقتصادية والاجتماعية ، والذي أدى الى تدخل المشرع في تنظيم العقود وتوجيهها عموما ، قد أدى الى جعل هذا التدخل يكون بشكل أعمق في العقود التي تكون الدولة وأجهزتها المختلفة طرفا فيها ، وهذا يعني أن ارادة الطرفين لم تعد قادرة وحدها على انشاء الرابطة العقدية ، بل لابد من افراغها في الشكل القانوني الذي رسمه المشرع . كما أن تغير

= وكذلك : زهدي يكن - القانون الاداري - ج ٢ - ط ١ - المطبعة العصرية للطباعة والنشر - صيدا - بيروت - ١٩٥٦ - ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٣٦٠) أنظر - د. توفيق شحاته - مبادئ القانون الاداري - ط ١ - ١٩٥٤/ ١٩٥٥ - ص ٧٨٠ - أشار اليه - د. الطماوي - في مؤلفه الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٧١ - الهامش رقم (١) . وكذلك - د. رياض عبد عيسى الزهيري - المصدر السابق - ص ٣٧٣ وما بعدها ، وأيضا د. طعيمة الجرف - المصدر السابق - ص ٢١٥ - وكذلك : A.DELAUBADERE - المصدر السابق - ص ٣٧٣ وما بعدها .

. الظروف الاقتصادية والاجتماعية أيضا ، جعل الادارة تصبح في الوقت الحاضر ، هي المسئولة عن تلبية الاحتياجات العامة للمواطنين في شتى المجالات ، وبالتالي فهي تلجأ بهدف تحقيق ذلك الى ابرام عقود تتعلق بمشاريع ضخمة ، يكون من نتيجتها ترتيب حقوق للطرفين ، ووضع التزامات ثقيلة على كاهلهما ، يعسر ، بل يستحيل تحديدها واثباتها في حالة الاتفاق شفاهة .

ثم أن الادارة كجهاز من أجهزة الدولة ، باقية ما بقيت الدولة قائمة ، ولكن الأشخاص الذين يمثلونها ليسوا بدائمين ، ومن ثمة فانه يصبح من الضروري ، تحرير العقود التي تبرمها ، حتى لا يخضع تنفيذ هذه العقود وترتيب الحقوق والالتزامات الناتجة عنها للاختلافات في المواقف الشخصية للممثلين المتعاقبين على جهة الادارة التي أبرمت العقد .

ثانيا : موقف القضاء من الشكل الكتابي في عقود الادارة :

على الرغم من أن أحكام القضاء الاداري ، حاولت أن تمد تطبيق قاعدة الرضائية الى مجال العقود التي تبرمها الادارة ، وتجعلها أصلا عاما ، كما هو الشأن في العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ، فانه بامعان النظر في أحكام هذا القضاء ، يتبين بأن الأصل في العقود المبرمة من طرف الادارة ، هو اعتماد الشكلية ، أي أن تكون محررة ، والاستثناء هو الرضائية ، أي ابرام العقود مشافهة .

ومن بين أحكام القضاء الاداري في هذا الخصوص ، حكم محكمة القضاء الاداري المصرية المؤرخ في ٠٢ / ٠٦ / ١٩٥٧ الذي جاء فيه :

(..... كما أن من العقود الادارية - ما يجب - من حيث الشكل أن يكون مكتوبا

حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص، على أن مسألة شكل العقد الاداري ، كمعيار يميزه عن العقود المدنية ، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأي فيه واستقر في الفقه والقضاء الفرنسي على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوباً ، هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصاً بطبيعته ، وأنه اذا كانت العقود غير المكتوبة هي أصلاً من عقود القانون الخاص ، إلا أن العقد الاداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب..(٣٦١).

وحكم المحكمة الادارية العليا المصرية ، الصادر في ١٨/مايو/١٩٦٨ الذي تقول فيه أيضاً :(ومن حيث أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف في المجال الاداري بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطها التعاقدية بالكتابة ، إلا أنه لايزال يؤدي دوراً مكملاً لبعض أنواع العقود ....) (٣٦٢) .

ويستفاد من أحكام هذا القضاء ، أن الكتابة ضرورية ولازمة في ميدان ابرام العقود الادارية ، فهي :

أ - أن الكتابة ضرورية تسهيلاً لتضمين العقود الادارية التي تبرمها جهات الادارة مع الأشخاص الخاصة ، شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ب - إن الأحكام القضائية ، تؤكد القاعدة المتمثلة في أن العقود غير المكتوبة ، هي أصلاً من عقود القانون الخاص ، وتبين بأن العقود الادارية المبرمة من قبل الادارة ، قد تكون غير مكتوبة ، وهو ما يفيد أن الأصل في هذه العقود هو الكتابة.

جـ - إن الكتابة في مجال العقود الادارية التي تجريها الادارة هي شرط متعلق بصحة وسلامة هذه العقود وليس خاصاً بطبيعتها .

(٣٦١) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٦٩ .

(٣٦٢) عن نفس المؤلف - مبادئ القانون الاداري - الكتاب الثالث - المصدر السابق - ص ٣٢٩

د - إن القضاء يقرر بصريح العبارة، بأن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الاداري ، لأن الادارة تجري دوما على إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة .

هـ - وعموما ، فإنه اذا لم يكن الشكل عاملا جوهريا في تحديد طبيعة العقد الذي تبرمه الادارة، فإن الشكل الكتابي يعد أمرا ضروريا من حيث الأصل في ابرام مثل هذه العقود، ومن ثمة فان عدم مراعاة هذا الشكل تؤدي الى البطلان .

وفي الجزائر فإنه اذا كان هذا التمييز بين عقود الادارة الادارية وعقود الادارة المدنية، يجد محلا له في العشرية اللاحقة للاستقلال ، فإن هذا التمييز لا يجد مكانه في الوقت الحاضر بعدما أنشئت المؤسسات الدستورية وكرسي مبدأ وحدة القواعد القانونية في البلاد ، بالرغم من بقاء بعض الأثر من هذا التمييز في القواعد القانونية الجارى بها العمل في مجال ابرام عقود الدولة، وبالرغم أيضا من أن بعض الدراسات القانونية في هذا الخصوص تشير الى أن عقود الدولة في الجزائر، لاتزال تخضع في أحكامها بشكل عام الى هذا التمييز التقليدي بين عقود الادارة الادارية وعقود الادارة المدنية (٢٦٣)

فإن التطور الحاصل في مجال توسع حجم القطاع الاقتصادى

---

(٢٦٣) أنظر - د. أحمد محيو - محاضرات في المؤسسات الادارية - المصدر السابق - ص ٣٥٤ وما بعدها .

العام وما تلاه من تطور متلاحق على الصعيد القانوني (٣٦٤) كنتيجة للنهج الاشتراكي الذي اختارته البلاد، والذي يعتمد أساسا على مبدأ ضرورات تنفيذ المخطط الوطني كأساس قانوني لعقود الدولة(٣٦٥) يؤكد عدم صحة التمييز القائم بين عقود الادارة الادارية وعقود الادارة المدنية واخضاع كل منها الى قواعد متباينة(٣٦٦) كما يؤكد في نفس الوقت عدم صلاحية هذا التمييز.

وعلى هذا الأساس، وباعتبار عقود الدولة في الجزائر ذات وظيفة اقتصادية واجتماعية، فإن مبدأ الرضائية في هذا الخصوص بالذات، لم يعد قادرا وحده على إنشاء مثل هذه الروابط العقدية وترتيب آثارها، لذلك فإن الشكل الكتابي لعقود الدولة بات أمرا ضروريا، وبالتالي فإن هذه العقود، لا تنشأ ولا تكون صحيحة إلا اذا أفرغت في الشكل الكتابي المطلوب قانونا، كما يتضح من خلال عرض موقف المشرع في المطلب الموالي .

---

(٣٦٤) فمثلا : الأمر المؤرخ في ٣٠ جانفي ١٩٧٤ الذي مد نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، ليشمل عقود تجهيز الشركات الوطنية، والأمر المؤرخ في ١٩٧٥/٠٦/١٧ الذى يخرج المنازعات الناشئة عن العقود التي تجريها الشركات الوطنية فيما بينها من اختصاص المحاكم ويخضعها للتحكيم فقط.
- أنظر- د.أحمد محيو- محاضرات في المؤسسات الادارية- المصدر السابق - ص ٣٥٧، ٣٥٨ - والأمر رقم ٧٦/١١ المؤرخ في ٢٠ فيفرى ١٩٧٦ المتضمن لإقرار العقود المبرمجة .

(٣٦٥) راجع المادة (٢) من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، والمادة ٤٣ من المخطط الخماسي الأول - سبقت الاشارة اليهما .

(٣٦٦) للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع - راجع : د.رياض عبد عيسي الزهيرى - نظرية العقد الادارى في القانون المقارن والجزائرى- ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٥ - ص ٣٨ وما بعدها .

المطلب الثاني

موقف المشرع من التقيد بالشكل الكتابي في عقود الادارة .

سلف الذكر بأن المشرع جعل القاعدة هي الزامية الكتابة في العقود التي تبرمها الادارة، سواء فيما بينها وبين الأفراد أوالمؤسسات الخاصة أو بينها وبين ادارة أخرى، ولم يرتب على هذه القاعدة الا استثناء وحيدا فهو أي المشرع ينص في المادة ٤ من المرسوم المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (٣٦٧) بأن : (صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع السارى على العقود...) (٣٦٨).

فهذا النص يقرر قاعدة عامة، يتعين على كافة أجهزة الدولة ومؤسساتها الالتزام بها ولافراغ العقود التي تبرمها في الشكل الكتابي الذي يفرضه التشريع الجاري به العمل في مجال ابرام العقود. وذلك لأن قاعدة الزامية الكتابة في ابرام عقود الادارة موكدة، في كافة نصوص المرسوم سالف الذكر، فهي تلزم جميع أجهزة الدولة بابرام الصفقات

---

(٣٦٧) سبقت الاشارة اليه .

(٣٦٨) وكانت المادة الأولى (ملغاة) من قانون الصفقات العمومية لسنة ١٩٦٧ تنص هي الأخرى على الزامية الكتابة في العقود التي تجريها أجهزة الدولة حيث جاء فيها : (ان الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات .....) .

قبل أي شروع في التنفيذ للعمل موضوع العقد(٣٦٩) . وتقضي أيضا ، بأن عقد البرنامج ، يشكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات ، تكون بمثابة مرجع يتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا لما تنص عليه نصوص المرسوم ذاته (٣٧٠) .

كما تقضي نصوص هذا المرسوم كذلك بإلزامية تقديم العروض مكتوبة(٣٧١)، وتعتبر المواصفات التقنية وشهادات المطابقة والمقاييس والتصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية المقدمة من أصحاب العروض جزءا من مستندات العقد (٣٧٢)،إضافة الى ما تنص عليه من الزامية النص في كل عقد أو صفقة على التشريع المعمول به، والتعريف الدقيق لأطراف العقد، وهوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضائه بصفتهم، والتحديد الدقيق لموضوع العقد، وكيفية ابرامه، وشروط عمل المتعاقدين الثانويين واعتمادهم، والاشارة الى دفاتر الشروط المشتركة التي تشكل جزءا لا يتجزء من العقد، وإلزام الادارة المتعاقدة بأن تنص في العقد على شرط استبعاد الوسطاء، وشرط حماية اليد العاملة (٣٧٣) .

---

(٣٦٩) المادة ١٠ ف ١ من المرسوم المشار اليه أعلاه .

(٣٧٠) المادة ١٦ ف ١ من نفس المرسوم .

(٣٧١) المادة ٥١ من ذات المرسوم، والمادة ٣ من دفتر الشروط الأدارية العامة - سبقت الاشارة اليه .

(٣٧٢) المادة ٥٥ من نفس المرسوم ، والمادة ١٢ من القانون المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية - سبقت الاشارة اليه.

(٣٧٣) راجع القانون رقم ٨١/١٠ المؤرخ في ١١ / ٠٧ / ١٩٨١ المتعلق بشروط استخدام العمال الأجانب .

وعلاوة على ما تقدم، فإن ما يؤكد إلزامية كتابة العقود التي تجريها أجهزة الدولة، هو خضوع هذه الأجهزة للقواعد الحسابية في صرف المبالغ المالية التي تترتب على الالتزامات التعاقدية، وذلك واضح من نصوص القانون المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة (٣٧٤)، الذي يجعل تحقيقات أعضاء المجلس تتناول دراسة الحسابات والمستندات والوثائق المثبتة لكل عملية صرف تقوم بها جميع الأجهزة، ومن ضمن هذه المستندات العقود المبرمة من قبل هذه الأجهزة، والتي يجب أن تقدم الى مجلس المحاسبة عند الطلب لدراستها وبيان ما اذا كان ابرامها وتنفيذها قد تم وفقا للقواعد والاجراءات التي يسنها قانون الصفقات العمومية أم لا (٣٧٥) .

وعلى ضوء ما تقدم من النصوص، وهو على سبيل المثال فقط، يتبين بأن المشرع يركز على الزامية التقيد بالشكل الكتابي في ابرام عقود الدولة، وعلى الصيغة التعاقدية التي يجب أن تفرغ فيها هذه العقود مهما كانت طبيعتها (إن كان هناك محل للتمييز الكلاسيكي بين عقود الادارة) . وعليه فإن شرط الكتابة في هذا الخصوص يعتبر عنصرا ضروريا وجوهريا لقيام الرابطة التعاقدية .

واذا كانت المادة ٩٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (٣٧٦)، توحي للوهلة الأولى، بأنها ترتب إستثناء على قاعدة الزامية الكتابة، يتعلق بالقيمة المالية للعقد،

---

(٣٧٤) تمت الاشارة اليه سابقا .

(٣٧٥) راجع المواد : ٢٦ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٤٨ من نفس القانون .

(٣٧٦) سبقت الاشارة اليه .

عندما تنص على أن : (كل عقد أو طلب يقل مبلغه أو يساوي خمسمائة ألف دينار جزائري - ٠٠٠ ، ٥٠٠ دج - لا يتطلب ابرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم ....)، فإنها في الواقع حددت نطاق تطبيق أحكام المرسوم، ولم تحدد الشكل الكتابي للصفقة، ومن ثمة فإن المراد بنص هذه المادة هو تطبيق المادة الرابعة (٤) من نفس المرسوم في شقها الأخير، بمعنى أن العقد الذي يقل مبلغه أو يساوي خمسمائة ألف جزائري لا يتطلب ابرام صفقة وفقا للشروط الواردة في المرسوم (٣٧٧). ولا يراد بها ابرام الصفقة مشافهة، لأن الأمر هنا يتعلق بالشق الأول من المادة الرابعة (٤) الذى جعل الكتابة قاعدة إلزامية، وبالتالي، فإن عنصر الكتابة وفقا لهذا الشق الأول من المادة الرابعة يخضع في أحكامه " للتشريع الساري على العقود "، وهو ما يدل بالتأكيد على أن الصفقة تكون مكتوبة طبقا لهذا التشريع، وأن قيمة العقد المالية المحددة في نص المادة التاسعة (٩) المذكورة أعلاه لا يعني تحرر الادارة من الالتزام بالشكل الكتابي في ابرام الصفقات ذات القيمة المالية البسيطة، وانما يعني عدم اخضاع العقود ذات المبالغ المالية المتواضعة للشروط والاجراءات الواردة في المرسوم المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

ولم يستثني المشرع من قاعدة الزامية الكتابة في مجال إبرام عقود الدولة إلا حالة وحيدة، وهي حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمتعامل العمومي، سواء كان هذا الخطر ناتجا عن ظروف طبيعية كاحتمال تعرض هذا الاستثمار أو الملك لخطر الكوارث الطبيعية، الفيضانات مثلا، أو كان ناجما عن نوعية وطبيعة الشيء المملوك للادارة، خوفا من تعرضه

---

(٣٧٧) كالاعلان عن المنافسة، وتقديم العروض .....الخ .

للفساد والهلاك بسبب تركه مدة زمنية لا يحتملها نظرا لخواصه الفيزيائية أو الكيميائية، ففي مثل هذه الحالة أعطى المشرع الامكانية للوزير أو الوالي المعني، بأن يرخص بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل ابرام العقد، ولكنه قيد هذا الترخيص بما يلي : (٣٧٨).

أ - أن يصدر الترخيص بمقرر مسبب، تبين فيه الحالات والدواعي التي أدت الى اعطاء الترخيص بالشروع في تنفيذ العمل قبل ابرام العقد .

ب - أن ترسل نسخة من هذا الترخيص الى كل من وزير المالية والتجارة والتخطيط والتهيئة العمرانية والوزير الوصي، اذا كان من أصدر الترخيص واليا .

ج - أن يتم اعداد صفقة تصحيحية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الشروع في تنفيذ العمل موضوع الترخيص .

المبحث الثاني

أنواع الوثائق المكتوبة

ولما كانت الكتابة عنصرا جوهريا في عقود الادارة، وركن من اركان انعقادها، فان عقود الادارة غالبا ما تحتوى على مجموعة من الوثائق التي تتضمن في مجملها على الشروط الواجب توافرها لابرام أي عقد من العقود

---

(٣٧٨) راجع المادة ١٠ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي . مشار اليه .

وتنفيذه كل لا يتجزأ • ومن أبرز وأهم هذه الوثائق المكتوبة، دفاتر الشروط ، والقرارات التنظيمية العامة، التي ندرسها في المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول

دفاتر الشروط

لقد تضمن قانون الصفقات العمومية(٣٧٩)، النص على دفاتر الشروط في المادتين ٥ و ٦ منه، مبينا قيمتها الانشائية للعقد وأنواعها• فالمادة ٥ تقضي : (بأن دفاتر الشروط المشار اليها أدناه ، هي العناصر المنشئة للصفقات العمومية)•

وأما المادة ٦ من نفس القانون ، فانها تنص على : (أن دفاتر الشروط ، تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ ، وتشتمل خاصة على ما يلي :-

١ - دفاتر الشروط الادارية العامة المطبقة على جميع صفقات الأشغال وعلى جميع صفقات التوريدات والمصادق عليها بموجب مرسوم•

٢ - دفاتر التعليمات المشتركة، التي تحدد الأحكام التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات ، والمصادق عليها بقرار من الوزير المعني•

٣ - دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة، والتي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة)•

---

(٣٧٩) تمت الاشارة اليه •

وبالنظر لأهمية هذه الدفاتر الانشائية والتنفيذية للعقود ، نحاول دراستها بشيء من التفصيل فيما يلي :

أولا : دفاتر الشروط الادارية العامة :

و دفاتر الشروط الادارية أو المواصفات العامة ، هي التي تحدد الشروط التي تنطبق على جميع العقود التي تبرمها وزارة معينة ، وتعد هذه الدفاتر من قبل الوزارة المعنية - مقدما ، دون حاجة الى استشارة الأفراد أو المؤسسات الخاصة ، وتصدر بموجب قرار وزارى (٣٨٠)، وتكمل عند اللزوم بمنشورات تكميلية .

ولكن العمل قد كشف في فرنسا ، بأن تعدد دفاتر الشروط التي تتناول نوعا معينا من العقود واختلافها باختلاف الوزارات والمصالح قد سبب أضرارا وارتباكات في العمل، لذلك اتجه المشرع الفرنسي الى توحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تتناول عقدا بذاته بالنسبة لجميع الوزارات والمصالح في الدولة منذ فترة متقدمة(٣٨١) .

فنص في المرسوم المؤرخ في ٦ أفريل ١٩٤٢ الخاص بعقود الدولة، من أنه للجنة الوطنية للعقود العامة أن تحدد بالنسبة لعقود التوريد وعقود الأشغال العامة دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تحكم جميع تلك العقود،

---

(٣٨٠) كما هو الشأن بالنسبة للقرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل - تمت الاشارة اليه .

(٣٨١) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق ص ٣٧٥ الهامش رقم (١) .

والتي تكون ملزمة لجميع الوزارات والمصالح في الدولة بواسطة قرار من وزير المالية، بحيث لا يجوز الخروج على هذه الدفاتر النموذجية، إلا بعلم اللجنة الاستشارية للعقود . وتنفيذا لهذا الاتجاه صدر المرسوم المؤرخ في ١٦ جانفي ١٩٤٧ بإنشاء لجنة عليا للعقود العامة، تكون مهمتها تحقيق التوحيد الذي نص عليه المرسوم الصادر في ٦ / ٠٤ / ١٩٤٢ السابق (٣٨٢) .

ونشير في هذا الخصوص، الى أن المشرع الجزائري ، عمل هو الآخر على تجنب ما قد يحدث من ارتباكات في مجال ابرام عقود أجهزة الدولة وذلك بإعطائه الصلاحيات الكاملة للجنة الوطنية للصفقات في فحص دفاتر الشروط العامة ودفاتر الأحكام المشتركة والنماذج من الصفقات النموذجية الخاصة بالأشغال والتوريدات أو الخدمات ، مقدما وقبل المصادقة عليها (٣٨٣) .

وحول الطبيعة القانونية للشروط الواردة في دفاتر الشروط والمواصفات العامة ، أثيرت مناقشات فقهية حادة . غير أن الرأي الراجح في القانون الاداري ، يذهب الى التمييز بين عقد الامتياز - عقد التزام المرافق العامة - وبين العقود الأخرى .

أما بالنسبة لعقد الامتياز، فإن التكييف يقوم على أساس التمييز بين نوعين من الشروط : شروط تعاقدية تحكمها - قاعدة العقد

---

(٣٨٢) عن د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٢٧٥ الهامش رقم (١) .

(٣٨٣) راجع المادة ١٣٧ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

شريحة المتعاقدين - وهي الشروط التي لا تمتد الى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، والتي يمكن الاستغناء عنها ، لو أن الادارة تولت استغلال المرفق بنفسها ، وشروط لائحية - تنظيمية - تملك الادارة تعديلها في كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضوع الاستغلال ، وهي التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين (٣٨٤) .

وأما بالنسبة للعقود الأخرى ، فان التكييف القانوني يتم على أساس التمييز بين الشروط التي تتعلق بابرام العقد ، والشروط التي تتعلق بتنفيذه :-

أ - الشروط المتعلقة بابرام العقد :

ان هذه الشروط هي تلك التي توضح لرجال الادارة كيفية ابرام العقد ، وتعتبر بطبيعة الحال ، ذات طبيعة لائحية تنظيمية ، باعتبارها قرارا صادرا من الوزير المعني (٣٨٥) .

ولما كانت كيفية ابرام العقود مبينة في الغالب في المراسيم والقرارات واللوائح التنظيمية للمناقصات والمزايدات العامة ، فان الفقه الاداري يرى ، بأن معظم ما يرد في دفاتر الشروط العامة بشأن ابرام العقود وتنفيذها ، ما هو الا من قبيل الأوامر والاجراءات الداخلية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد ، وان كانت مخالفة هذه الأوامر والاجراءات الداخلية تعرض للعقاب الاداري (٣٨٦) .

---

(٣٨٤) راجع - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ١٥٨ - وكذلك - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المرجع السابق - ص ٩٩ .

(٣٨٥) راجع - د. عوابدي عمار - المصدر السابق - ص ٢٦٧ .

(٣٨٦) أنظر - د. الطماوي الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق ص ٣٧٨ - وكذا المادتين ٤٨ ، ٤٩ من القانون المتضمن ممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة - سبقت الاشارة اليه .

ب - الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد :

وهذه الشروط ، هي في الواقع مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد مع الادارة ، الا بعد توقيعه على العقد، ولكن بمجرد توقيعه على عقد من العقود يشار فيه الى دفاتر الشروط الادارية العامة، يصبح ملزما بما ورد بهذه الدفاتر باعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد . أما بالنسبة للادارة، فان تلك الشروط ملزمة، بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية، ولا تستطيع التعديل في تلك الشروط عند التعاقد الا في الحدود المسموح بها قانونا (٣٨٧) .

ويترتب على التكييف القانوني السابق نتائج في غاية الأهمية :-

١ - ان الادارة ملزمة بتلك الشروط ، ويجب عليها احترامها . أما المتعاقد معها فلا يلتزم بها الا اذا أشير اليها في العقد صراحة (٣٨٨). ومن ثمة، فانه اذا أهملت الادارة النص على تلك الشروط في العقد، فانها لا تستطيع أن تتمسك بها في مواجهة المتعاقد معها، كما أنه اذا أشير الى بعض الشروط الواردة في دفتر الشروط العامة، فان هذه الشروط وحدها هي التي تطبق .

(٣٨٧) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص٣٧٦ ، وما أشار اليه من مراجع في الهوامش رقم ١، ٢، ٣ من نفس الصفحة. وكذلك - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ١٦٣ .

(٣٨٨) أنظر المادة ٥٥ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، التي جاء فيها : (.... ويجب أن تحتوي الصفقة فضلا عن ذلك ان اقتضى الأمر البيانات التكميلية الآتية :-
- كيفية ابرام الصفقة - الاشارة الى دفاتر الشروط العامة، ودفاتر الأحكام المشتركة المطبقة على الصفقة التي تشكل جزءا لا يتجزأ منها...).

٢ - يجرى التقليد في فرنسا على أن الادارة عند ابرامها لعقد من العقود، تملك أن تشير الى دفاتر شروط عامة خاصة بوزارة أخرى (٣٨٩)، مما يوضح بأن تلك الدفاتر مجرد نماذج ، كما أن الوزارة عند ابرامها لعقد معين ، كعقد الأشغال العامة مثلا ، تملك أن تشير الى الشروط الواردة في دفاتر الشروط العامة الخاصة بعقد آخر كعقد التوريد (٣٩٠) .

٣ - اذا عدلت الادارة دفتر الشروط العامة، سبق أن أشارت اليه في عقد من العقود، فإن دفتر الشروط العامة القديم هو الذى يحكم العلاقة التعاقدية (٣٩١)، مما يؤكد الطبيعة التعاقدية لتلك الشروط في مواجهة المتعاقد .

---

(٣٨٩) أنظر - د. الطماوى - الأسس العامة للعقود الادارية، وما أشار اليه من أحكام قضائية لمجلس الدولة الفرنسي - المصدر السابق - ص ٣٧٧ الهوامش رقم ١ ، ٢ ، ٣ .

(٣٩٠) : وهو ما جرى عليه العمل في الجزائر أيضا ، أنظر :

Marché de Gré a Gré - conclu entre l'office de promotion et de gestion immobilière de la Wilaya de Tizi-Ouzou, et l'entreprise des travaux de Tizi-Ouzou (E . T . T . O .) Daté du 28 Novembre 1984 .

(٣٩١) أنظر المادة ١٦١ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، التي تنص على ابقاء الصفقات المبرمة والمصادق عليها قبل نشر هذا المرسوم ، خاضعة للتنظيم القديم .

ثانيا : دفاتر التعليمات المشتركة :

وهذا النوع من الدفاتر يحدد الأحكام التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد، وهي دفاتر تتعلق بوزارة معينة، كالنوع السابق، ولكنها تختص بنوع معين من العقود التي تبرمها تلك الوزارة، كعقود الأشغال العامة أو التوريدات مثلا، ويصدق على هذه الدفاتر ما قيل بشأن دفاتر الشروط العامة (٣٩٢) .

ثالثا : دفاتر التعليمات الخاصة بكل صفقة :

وهذا النوع من الدفاتر أكثر الدفاتر تخصصا، فهي تحتوى على الشروط الخاصة بكل عقد يراد ابرامه، فمهمتها اذن هي أنها تكمل وتحدد الشروط التي لا يمكن تحديدها في النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة للعقد موضوع الابرام، كما أنها تستطيع أن تعدل الأحكام العامة الواردة بهما، بما يكيف شروطهما وفقا لموضوع التعاقد المحدد، وذلك في الاطار المسموح به قانونا (٣٩٣) .

رابعا : الوثائق التي تصاحب دفاتر الشروط :

وهذه الوثائق كثيرة ومتنوعة، تتعلق جميعها بالتفصيلات الجزئية لعملية التعاقد، ومن أمثلة هذه الوثائق - قوائم الأسعار أو جداول الفئات التي توضح تقدير الادارة للأسعار بالنسبة للأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها، كذلك القياسات والمواصفات المتعلقة بكيفية ونوعية الأعمال المطلوبة، وأيضا المواد المستعملة ومصدرها وكيفية تسليم الأصناف وتسديد الثمن... الخ (٣٩٤) .

---

(٣٩٢) راجع - د. الطماوى - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٧٨ .

(٣٩٣) أنظر - FRANCOIS LLORENS - المصدر السابق - ص ١٥١ وما بعدها.

(٣٩٤) راجع المادتين ٥٥،٤٨ من المرسوم المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي؛

وهذه الوثائق ، وإن كانت من صنع الادارة بمفردها ، إلا أنها لاتستطيع التنازل عنها أو عن بعضها بعد إبرام العقد مع المتعاقد ، كما أن هذه الوثائق تؤكد هي الأخرى على مدى الأهمية البالغة التي تحتلها الكتابة في مجال ابرام عقود الادارة .

المطلب الثاني

القوانين والقرارات التنظيمية

إن الأحكام المنظمة للعقود التي تبرمها الادارة قد وردت في الأمر المتضمن قانون الصفقات العمومية(٣٩٥)، ثم في المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي(٣٩٦)، وفي الأمر المتضمن القانون البلدي (٣٩٧) والأمر المتضمن قانون الولاية (٣٩٨)،والقانون المتضمن احتكار الدولة للتجارة الخارجية (٣٩٩) .

إضافة الى الأحكام المنظمة للعقود المبرمة من طرف الادارة ، والتي ترد في قرارات ادارية مستقلة ، كقرار وزير الداخلية والمجموعات المحلية المتضمن إنشاء لجنة المشتريات المجمعة (٤٠٠) .

ومن المؤكد أن الادارة ملزمة بما يرد في تلك القوانين والقرارات من أحكام ، ولكن هل تعتبر تلك الأحكام مكملة للعقود التي تبرمها الادارة اذا لم يشار اليها في العقد صراحة ؟ .

---

(٣٩٥) تمت الاشارة اليه سابقا .
(٣٩٦) " " "
(٣٩٧) " " "
(٣٩٨) " " "
(٣٩٩) " " "
(٤٠٠) " " "

فبالرجوع الى فتاوى وأحكام القضاء الادارى ، يطالعنا ، ما نصبت اليه الجمعية العمومية لقسم الرأي المصرية ، في فتواها الصادرة في ٥ أفريل ١٩٦٧ التي تقول فيها : (لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدة العامة مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة بها ، ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الاحالة اليها باعتبارها جزءا مكملا له ..)(٤٠١).

ومقتضى هذه الفتوى أن العقود التي تبرمها الادارة ، ولم تضمنها أحكام القانون المتعلق بابرام العقود أو الاحالة اليه على الأقل ، تجعل هذا القانون غير مكمل للعقد ، وبالتالي لا تنطبق أحكامه على هذا العقد ، وهذا مسلك غريب حقا ، فهو من ناحية يتنافى مع رغبة المشرع في اخضاع الادارة وتقييدها بجملة من المبادئ والأحكام المنظمة للعقود ، والتي يجب أن تبرم في ظل هذه المبادئ والأحكام وبالاستناد عليها (٤٠٢) ، ومن ناحية أخرى يؤدى الى جعل العقود المبرمة خلافا للقوانين واللوائح محصنة من كل تعقيب ، والنتيجة هي عدم تطبيق القوانين واللوائح الخاصة بتنظيم العقود (٤٠٣) .

---

(٤٠١) عن د. الطماوى ـ الأسس العامة للعقود الادارية ـ المصدر السابق ـ ص ٣٧٩ .

(٤٠٢) وهو ما نص عليه المشرع الجزائرى في المادتين : ١ و ٥٥ من المرسوم المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

(٤٠٣) أنظر المادة ٦ من نفس المرسوم التي تنص على أنه :

(لا تصح صفقات المتعامل العمومي ولا تكون نهائية إلا اذا استوفت الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل) .

وتفاديا لهذا المسلك الخطير الذي يؤدي حتما الى نتائج وخيمة، نصبت المحكمة الادارية العليا المصرية الى تأكيد العكس في حكمها المؤرخ في ٦ جانفي ١٩٦٨ الذي الغت فيه حكم محكمة القضاء الاداري الذي يقضي برفض توقيع الغرامات المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدة العامة، بحجة أنه غير منصوص عليها في العقد، وقررت ما يلي :(ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتوياتها مفروض، فان أقبلوا - حال قيامها على التعاقد مع الادارة ، فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم، وتصير جزءا لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها، عدا ما تعلق منها بالنظام العام) (٤٠٤)

وطبقت المحكمة (المحكمة الادارية العليا) نفس المبدأ بالنسبة للوائح الأخرى التي تتعلق ببعض العقود، وذلك في حكمها الصادر في ٠٣ / ٠٤ / ١٩٧١ ، حيث جاء فيه ما يلي : (ان القواعد التي فرضها مجلس الوزراء ...... للالتحاق ببعض المعاهد التي تلتزم الحكومة بتعيين خريجيها ، حتى لا يعاد الكشف الطبي عليهم عند التعيين ...... تعتبر بمثابة لائحة عامة متعلقة بحسن سير مرفق عام، فانه لا مناص من اتباعها دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد الاداري (٤٠٥)

---

(٤٠٤) عن - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٧٦ .

(٤٠٥) عن نفس المصدر - ص ٣٨٠ .

وذهبت محكمة التمييز العراقية، في هذا الصدد الى أبعد من ذلك حيث اعتبرت دفاتر الشروط العامة والخاصة مكملة لبعضها البعض، وكلها تدخل في العقد وتعتبر جزءا لا يتجزأ منه، حتى ولو لم ينص عليها فيه، فهي ملزمة للطرفين (٤٠٦) .

وتأسيسا على ما تقدم، تكون القاعدة في العقود التي تبرمها الادارة هي الكتابة(٤٠٧)، إلا اذا نص القانون صراحة على استثناء بعض العقود من هذا القيد (٤٠٨)، وأن ميدان الكتابة في العقود المبرمة من قبل أجهزة الدولة متسع جدا من الناحية العملية، حتى في النظم الرأسمالية، باعتبار أن جميع الوثائق المكتوبة التي تتخلل مراحل التعاقد، هي جزء لا يتجزأ من العقد، حيث أن هذه الوثائق تفرض على الأطراف المتعاقدة الالتزام بها ومراعاة أحكامها .

أما في الدول الاشتراكية، فان معظم قوانينها تشترط الكتابة في العقود التي تبرمها المشروعات الاشتراكية واعتبرتها أحد شروط صحة العقد إلا ما استثني منها بنص خاص.

---

(٤٠٦) عن د. رياض عبد عيسى الزهيرى - العلاقات التعاقدية - المصدر السابق - ص٣٧٧ - وأنظر كذلك لنفس المؤلف - مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة - مطبعة الغرى الحديثة - النجف - بغداد - رسالة ماجيستير - ط١ - ص١٠٥ - الهامش رقم (١) - ١٩٧٥/١٩٧٦ .

(٤٠٧) أنظر المادة ٤ من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - سبقت الاشارة اليها .

(٤٠٨) راجع المادتين ٩ ، ١٠ من نفس المرسوم - تمت الاشارة اليها .

فنظام العقود بين المشروعات الاشتراكية في بلغاريا ، قد نص على كتابة العقود صراحة ، واستثنى من قيد الكتابة العقود التي لا تزيد قيمتها على (٥٠٠ ليفا) والتي يكون موضوعها منصبا على الخدمات فقط ، دون العقود التي يكون موضوعها متعلقا بالانتاج أو التوزيع (٤٠٩)، وفي روسيا السوفييتية ، فإن المادة ٤٤ من القانون المدني تنص على أنه : (يجب أن تنعقد في الشكل الكتابي : ١ - صفقات هيئات الدولة والهيئات التعاونية والهيئات الاجتماعية بين بعضها البعض وبينها وبين المواطنين ، باستثناء الصفقات المشار اليها في المادة ٤٣ من القانون الحالي ، وبعض أنواع الصفقات التي يتقرر بصددها غير ذلك في تشريع اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفييتية أو في جمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفييتية ......)، ويرتب القانون على عدم مراعاة الشكل الكتابي للعقود بطلانها (٤١٠) .

وأخيرا نذكر بأن القضاء الاداري يسير في هذا الاتجاه ، حيث يعتبر العقود المبرمة من طرف الادارة خلافا للشكل الكتابي المطلوب باطلة (٤١١) .

---

(٤٠٩) عن - د. رياض عبد عيسى الزهيري - العلاقات التعاقدية - المصدر السابق - ص ٣٧٨ .

(٤١٠) عن نفس المصدر - ص ٣٧٩ .

(٤١١) أنظر - د. الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - المصدر السابق - ص ٣٧٤ .

- الخـاتـمـة -

من خلال دراسة ومناقشة موضوعات البحث ، التي تمت معالجتها في بابين ، تناول أولهما القيود السابقة على التعاقد، وتضمن ثانيهما القيود الواردة على عملية التعاقد ذاتها. أتضح بأن المشرع يقيد حرية الادارة في مجال ابرام العقود ، فيفرض عليها كثيرا من القيود التي يتعين عليها الالتزام بها ومراعاة أحكامها من أول خطوة في خطوات التعاقد الى غاية ابرام العقد، وبالتالي أمكن استخلاص النتائج الآتية :-

أولا : في مجال القيود السابقة على التعاقد :

١ - القيود المتعلقة بمبدأ الاعتماد المالي :

بالرغم من أن مخالفة مبدأ الاعتماد المالي لا تؤدي الى بطلان العقد، فان هذا المبدأ مكرس في جميع دساتير الدول على اختلاف أشكالها ونظمها ، ومن بين هذه الدساتير، الدستور الجزائري الذي أعطى الصلاحية الكاملة للمجلس الشعبي الوطني، في اعتماد الميزانية واقرار المخطط الوطني ، تطبيقا لقاعدة - أسبقية الاعتماد على التنفيذ -، التي تقضي بأنه لا يمكن لأجهزة التنفيذ في الدولة، أن تقوم بابرام أي عقد إلا اذا وجد الاعتماد المالي اللازم المخصص لذلك .

ولقد عمل المشرع الجزائري ، على تأكيد وتدعيم قاعدة - أسبقية الاعتماد على التنفيذ - ، حيث نص في القانون المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة ، على فرض عقوبات مالية وتأديبية ، وان اقتضى الأمر عقوبات جنائية ، على كل من خالف مبدأ الاعتماد المالي أومبدأ تخصيص النفقات .

على أن ما يلاحظ في هذا الخصوص، أنه اذا تعلق الأمر بقيام مسئولية أحد الوزراء نتيجة لمخالفته لمبدأ الاعتماد المالي أو لمبدأ تخصيص النفقات ، فان الأمر يرفع لرئيس الجمهورية، وهو ما يفيد، أن مسئولية أعضاء الحكومة، تقتصر على المسئولية السياسية فحسب ، وقد تؤدي هذه المسئولية الى سحب الثقة من عضو الحكومة المسئول ، وقد لا تؤدي الى ذلك • لهذا السبب كان من الأجدر بالمشرع ، أن يقتدي ببعض التشريعات التي تجعل الوزير مسئولا في أمواله الخاصة عن كل نفقة يعقدها، فيتجاوز الاعتمادات المالية المفتوحة لوزارته من علمه بهذا التجاوز•

٢ - القيود المتعلقة بالموافقة السابقة على التعاقد :

ان أهم نتيجة يمكن استخلاصها في خصوص الموافقات السابقة على التعاقد هي ، أنه رغم اعتماد الجزائر على مبدأ التخطيط ، الذي يجعل كافة أجهزة التنفيذ في الدولة ملزمة بما يرد في الخطة، والنص على اعتبار العقد أداة لانجاز المخطط الوطني ، فان التشريعات المتعلقة بكيفية ابرام العقود والصفقات - والتي من بينها القواعد والأحكام الخاصة بالموافقة السابقة على التعاقد - لا تزال متأثرة في معظم أحكامها بما هو مستقر عليه في فقه وقضاء القانون الاداري الفرنسي والمصري ، الشيء الذي يؤدي حتما الى بروز تعارض بين تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بالموافقة السابقة على التعاقد، وبين ما يفرضه قانون الخطة •

على أن المعمول عليه في النظم الاشتراكية، عند وجود مثل هذا التعارض ، هو أن أولوية التطبيق تكون لقانون الخطة، استنادا الى مركزه الدستوري ، ومن ثمة فان تسوية منازعات الخطة الاقتصادية في هذه الحالة

تكون بإعطاء الأولوية لاعتبارات الملاءمة على الاعتبارات القانونية .

وعلاوة على ما قد يوجد من تعارض بين الأحكام المتعلقة بالموافقة السابقة على التعاقد وقانون المخطط الوطني، فإن المشرع جعل الموافقة السابقة للمجلس الشعبي الوطني ، محصورة في التصويت على الميزانية وإقرار المخطط الوطني والسنوي ، الأمر الذي يجعل الجهات التنفيذية لها حرية التقدير في ابرام العقود مهما كان موضوعها وأهميتها وتأثيرها على سير الاقتصاد الوطني ، دون الرجوع الى المجلس للحصول على موافقته بشأن ابرام مثل هذه العقود ذات الأهمية الاقتصادية الوطنية .

ولتلافي هذا النقص التشريعي ، كان حري بالمشرع أن يضع نصا دستوريا يبين فيه التصرفات القانونية التي يتعين عرضها على المجلس الشعبي الوطني قبل إجرائها من طرف أجهزة التنفيذ في الدولة، أو على الأقل يضمن القوانين نصوصا تحدد ما يجب الرجوع فيه للمجلس، وما تنفرد بإجرائه الجهات التنفيذية.

٣ - القيود المتعلقة بالاستشارات السابقة على التعاقد :

ونظرا لأهمية الاستشارات السابقة على التعاقد، فإن التشريعات الحديثة أصبحت كثيرا ما تنص على ضرورة الحصول على الرأي والالتزام به موضوعيا ، إدراكا منها لعدم إلمام أجهزة التنفيذ المعنية بالتعاقد، بكافة مستلزمات الأمور التي فرضها التطور العلمي السريع والتقدم التكنولوجي الذي يتطلب التخصص الدقيق في كل مسألة .

وباعتبار أن هذا النوع من الاستشارات ملزم لأجهزة التنفيذ بداية ونهاية، فإنه يأخذ حكم الموافقات السابقة على التعاقد .

أما فيما يخص الالتزام بضرورة الحصول على الاستشارة السابقة دون الالتزام بها موضوعيا ، فانها لا تعتبر من عناصر ارادة التعاقد،وبالتالي فان مخالفتها لا تؤدى الى بطلان العقد، لا سيما اذا كان موضوعه متطابقا مع قانون الخلة في بلادنا ، لكن ذلك لا يمنع من مساءلة الجهة المتعاقدة أو العضو الذي لم يتقيد بطلب الاستشارة قبل ابرام العقد.

واذا كان المشرع الجزائري لم يغفل النص على الاستشارات السابقة على التعاقد، بنوعيها ، فان ما يؤخذ عليه، أنه جعل الالتزام بطلب الاستشارة ذاته في بعض الحالات الهامة، محصور في نطاق ضيق ومقصور على طلب الاستشارة دون الالتزام بها موضوعيا ، ومعلق على شروط صعبة التحقيق ، كما هو الشأن في وجوب استشارة لجنة تقييم العروض الذي علقه على شرطين ، أولهما أن تكون الصفقة خاضعة للدعوة للمنافسة، والثاني أن يكون مبلغ الصفقة مساويا أو يفوق حد اختصاص اللجنة الوطنية للصفقات.

ثانيا : في مجال القيود الواردة على عملية التعاقد ذاتها :

١ - القيود المتعلقة بالاختصاص بالتعاقد :

لقد تبين من دراسة موضوع الاختصاص بالتعاقد، بأنه لا يملك ابرام العقود باسم ولحساب أجهزة الدولة، الا أشخاص محددين عينهم المشرع لذلك ، ووفقا للقواعد العامة، يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم، ومن ثمة فانه لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم في ممارسة هذا الاختصاص، كما لا يجوز لهم تفويض غيرهم في ممارسته الا في الحدود وبالقيود التي فرضها المشرع أيضا .

وتفريعا على التحديد السابق ، فإنه تترتب على التقيد بمبدأ الاختصاص بالتعاقد ، نتائج في غاية الأهمية على الصعيد القانوني ، وهذه النتائج هي :-

أ - عدم امكانية الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص بالتعاقد .

ب - الاستعجال لا يبرر مخالفة قواعد الاختصاص بالتعاقد .

جـ - العقد المعيب بعدم الاختصاص لا يمكن تصحيحه .

وينبني على هذه النتائج كذلك ، أن جزاء مخالفة قواعد الاختصاص بالتعاقد ، هو بطلان العقد بطلانا مطلقا ، وأن الشخص المتعاقد مع الادارة لا يستطيع الرجوع عليها للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لبطلان العقد على أساس الرابطة العقدية ، لأنها غير قائمة ، وانما يرجع عليها على أساس المسئولية التقصيرية أو على أساس نظرية الاثراء بلا سبب إن توافرت شروطها .

٢ - <u>القيود الواردة على حرية الادارة في اختيار المتعاقد معها</u> :

وباعتبار أن الجزائر ، تجعل التنظيم اجباريا في مجال ابرام العقود ، فإن أجهزة الدولة المعنية بالتعاقد ، تغدو مقيدة فيما يخص اختيار المتعاقد معها بما يفرضه عليها المشرع ، كيفما كانت كيفيات الابرام .

فاختيار المتعاقد عن طريق الدعوة للمنافسة ، يجعل الجهات التي ترغب في التعاقد ملزمة باتباع كافة القواعد والاجراءات المنصوص عليها في كل نوع من أنواع الدعوة للمنافسة ، فضلا عن الالتزام باحترام المراحل التي يمر بها هذا الأسلوب ، ابتداء من الاعلان عن الدعوة للمنافسة الى غاية التوقيع على العقد من الشخص المؤهل ، وتصديقه حيثما اشترط المشرع ذلك .

أما فيما يخص اختيار المتعاقد عن طريق التراضي، فإنه على الرغم من تحرر أجهزة الدولة من القيود المفروضة في أسلوب الدعوة للمنافسة، فإنها مقيدة بما يفرضه هذا الأسلوب ذاته، فهي ملزمة بالتعاقد مبدئيا مع المتعاملين العموميين، وبمراعاة كافة المعايير والثوابت المقررة في قانون الصفقات وفي مجال ابرام العقود، علاوة على الالتزام بالقيود التي يفرضها المشرع، فيما يخص اقتناء الانتاج الوطني قبل غيره، واحتكار الدولة للتجارة الخارجية، والقوانين المتعلقة بحماية اليد العاملة .

على أن ما يجب تسجيله في خصوص التعاقد بالتراضي مع غير المتعاملين العموميين، هو أن المشرع جعله استثناء، ولكن حالاته جاءت على سبيل المثال لا الحصر، فضلا عن أن أسباب معظم تلك الحالات، هي أسباب مرنة ومطاطة يصعب ايجاد معايير محددة وثابتة بشأنها، الأمر الذي قد يؤدي الى تحول الاستثناء من الناحية العملية الى قاعدة، وتصبح القاعدة هي الاستثناء، وربما تختفي من التطبيق العملي أصلا .

لذلك كان من الأفضل، أن ترد في النص تلك الحالات على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وأن تحدد أسباب كل حالة منها بدقة، حتى لا يطغى الاستثناء على القاعدة ويبتلعها، ومن ثمة تنعدم أساليب التنظيم والتنسيق الاقتصادي التي جعلتها المخططات مرهونة بتعميم العلاقات التعاقدية بين قطاعات الدولة ومؤسساتها .

٣ - القيود المتعلقة بالشكل الكتابي في عقود الادارة :

عند دراسة ومناقشة القيود المتعلقة بالشكل الكتابي للعقد، تم التوصل الى أن الرأي الراجح فقها وقضاء ، يرى بأن الكتابة في مجال العقود الادارية تشكل عنصرا جوهريا وركنا أساسيا من أركان العقد، وبالتالي ، فان عدم مراعاة شرط الكتابة في العقد وافراغه في الشكل القانوني المطلوب يؤدي حتما الى بطلانه .

وتم الاستخلاص أيضا بأن عقود أجهزة الدولة في الجزائر، لا تنعقد ولا تكون صحيحة، الا اذا أفرغت في الشكل الكتابي المطلوب قانونا، ذلك لأن المشرع نص على أن صفقات المتعامل العمومي ، هي عقود مكتوبة وفقا للتشريع الساري على العقود، وأوجب الزامية تضمين العقد بيانات جوهرية، كالتعريف الدقيق لأطراف العقد وهوية الأشخاص المؤهلين قانونا لامضائه بصفتهم ، والتحديد الدقيق لموضوع العقد وكيفية ابرامه والاشارة الى دفاتر الشروط المشتركة التي تشكل جزءا لا يتجزأ من العقد ..... .

ومعلوم أن اشتراط الكتابة في التشريع الجزائري ، أمر ضروري ولازم لقيام الرابطة التعاقدية في جميع العقود التي تبرمها أجهزة الدولة دون تمييز .

والنتيجة النهائية التي يمكن استخلاصها من كل ما تقدم في موضوع البحث ، هي أنه على الرغم من اختلاف الآراء الفقهية وتضارب الأحكام القضائية، وقصور النصوص القانونية وغموضها في بعض الأحيان وتناقضها أحيانا أخرى ، فان التطور الايجابي الحاصل في وظيفة الدولة

الحديثة وما استتبعه من تدخل المشرع في جميع دقائق الأمور، قد أخضع الادارة الى التنظيم القانوني في مجال ابرام عقود ها، بعد أن كان سلطان الارادة يلعب دورا كبيرا في هذا الابرام .

وتفريعا على ذلك، فإنه اذا كان السائد في الفقه الاداري يرى، بأن القاعدة العامة تتجسد في أن للادارة سلطة تقديرية واسعة في مجال ابرام عقود ها، فإما يرد على حرية الادارة من قيود تنظيمية، يستبعد مثل هذا التقدير ويجعله استثناء من الأصل .

-*-*-*-*-*-*-*-

المراجع

أولا : المؤلفات :

* د. ابراهيم عبد العزيز شيحا

- مبادئ علم الادارة العامة - ط ٥ - دار الفكر العربي القاهرة - ١٩٧٣ .

* د. أحمد محيو

- محاضرات في المؤسسات الادارية - ط ٢ ، ترجمة - د. عرب صاصيلا ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٧٩ .

- المنازعات الادارية - ترجمة - د. فائز أنجق ، وبيوض خالد ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٣ .

* د. السيد عبد المولى

- المالية العامة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥ .

* د. السيد محمد ابراهيم

- شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة - دار المعارف الاسكندرية - ١٩٦٦ .

* د. جعفر أنس قاسم

- النظرية العامة لأملاك الادارة والأشغال العمومية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٣ .

- مذكرات في الوظيفة العامة - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر دون سنة النشر .

---

* د. حسن عواضة

- المالية العامة - دراسة مقارنة - ط ٣ - دار النهضة العربية بيروت - ١٩٧٣ .

---

* حسين مصطفى حسين

- الادارة المحلية المقارنة - ط ٢ - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر - ١٩٨٢

---

* د. حماد محمد شطا

- تطور وظيفة الدولة - الكتاب الثاني - نظرية المؤسسات العامة ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٢ .

---

* د. حنفي محمود سليمان

- الادارة منهج تحليلي ذاتي - دار الجامعات المصرية - الاسكندرية - ١٩٧٦ / ١٩٧٧ .

* د. خميس السيد اسماعيل

- الادارة العامة والتنظيم الاداري في جمهورية الجزائر(دراسة نظرية وتطبيقية) ط ١ - دون مكان النشر - ١٩٧٥ .

---

* د. رفعت المحجوب

- المالية العامة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٥ .

---

* د. رياض عبد عيسى الزهيري

- العلاقات التعاقدية بين الوحدات الاقتصادية في القطاع الاشتراكي رسالة دكتوراه - كلية القانون والسياسة - جامعة - بغداد - ١٩٧٩ .

- مظاهر السلطة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة - رسالة ماجيستير - مطبعة الغرى النجف بغداد - ١٩٧٥ / ١٩٧٦ .

- نظرية العقد الاداري في القانون المقارن والجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٥ .

---

* زهدى يكن

- القانون الاداري - ج ٢ - المطبعة العصرية للطباعة والنشر صيدا بيروت - ١٩٥٦ .

---

* د. سليمان محمد الطماوي

- الأسس العامة للعقود الادارية - دراسة مقارنة - ط ٢ - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٦٥ .

- النظرية العامة للقرارات الادارية - ط ٣ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٦٦ .

- القضاء الاداري - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ .

- مبادئ القانون الاداري - الكتاب الثاني - نظرية المرفق العام وعمال الادارة العامة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥ .

- الوجيز في القانون الاداري - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥ .

- مبادئ علم الادارة العامة - ط ٥ - دار الفكر العربي - القاهرة-١٩٧٢

- الوجيز في الادارة العامة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥ .

- مبادئ القانون الاداري - الكتاب الثالث - أموال الادارة العامة وامتيازاتها - دار الفكر العربي - ١٩٧٣ .

- مبادئ القانون الاداري - الكتاب الأول - نظرية المركزية واللامركزية والادارة المحلية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٧ .

* د. صفاء الحافظ

- نظرية القانون الاشتراكي وبعض تطبيقاتها - دار الحرية - بغداد - ١٩٧٦ .

* د. طعيمة الجرف

- القانون الاداري (نشاط الادارة العامة أساليبه ووسائله) دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٥ .

---

* د. عادل حسين ، د. مصطفى زهير

- الادارة العامة - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٧٦

---

* د. عاطف محمد عبيد، د. حمدي فؤاد علي

- التنظيم الصناعي وادارة الانتاج - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٧٤ .

---

* د. عبد الرزاق أحمد السنهوري

- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - المجمع العلمي العربي الاسلامي - منشورات محمد الداية - بيروت - دون سنة طبع .

---

* د. عبد العزيز السيد الجوهري

- محاضرات في الأموال العامة - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر ١٩٨٣ .

---

* د. عبد الكريم درويش ، د. ليلى تكلا

- أصول الادارة العامة - مكتبة الانجلو مصرية - القاهرة - ١٩٧٦ .

* د. عثمان عيـــاد

- مظاهر السلطة في العقود الادارية - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربيـة - بيروت - ١٩٧٣ .

---

* د. علي زغـــدود

- الادارة المركزية في الجمهورية الجزائرية - رسالة ماجستير - ط ٢ المؤسسة الوطنية للفنـون المطبعيـة - الجزائـر - ١٩٨٤ .

- المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي في الجزائر - المؤسسة الجزائرية للطباعة - الجزائـــر - ١٩٨٢ .

---

* د. عمار بوضـــوف

- الاتجاهـات الحديثـة في علم الادارة - المؤسسة الوطنية للكتـاب الجزائـــر - ١٩٨٤ .

---

* د. عوايدي عمـــار

- دروس في القانون الاداري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٧٩

---

* د. محمد فؤاد مهنـــا

- مبادئ وأحكام القانون الاداري في ظل الاتجاهات الحديثة - منشـــأة المعـارف - الاسكندريـة - ١٩٧٥ .

* د. محمود حلمـــي

- العقـد الاداري - ط ٢ - دار الفكـر العربـي - القاهـرة - ١٩٧٧ .

---

* A. DELAUBADERE

- Traité de Droit Administratif - V.1 , 8e Edition - L.G.D.J. Paris - 1980.

---

* FRANCOIS LLORENS

- Contrat d'Entreprise et marché de Travaux Publics - Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Paris - 1981 .

---

* GEORGES VIDAL

- Droit Administratif ; 6e Edition - Presses Universitaires de France - Paris - 1976.

---

* MOHAMED KOBTAN

- Le regime Juridique des contrats du Sécteur Public - O.P.U. Alger - 1984.

---

* MICHEL VILLARD
YVES BACHELOT
JEAN-MICHEL ROMERO.

- Droit et Pratiquo des Marchés Publics de Travaux - Editions du Moniteur - Paris - 1981.

ثانيا : البحوث والمقالات :

* علي البارودى

- العقد في ظل قانون الخلة - مقال منشور بمجلة مصر المعاصرة - مطابع الأهرام المعاصرة - العدد ٣٤١ جوان- ١٩٧٠ .

---

* كمال الجرف

- إصلاح الجهاز الادارى- بحث منشور بمجلة العلوم الادارية - تصدرها شعبة الجمهورية العربية المتحدة للمعهد الدولي للعلوم الادارية - المطبعة العالمية - القاهرة - العدد ١ جوان ١٩٦٤ .

---

* محمد عزت السيده وغازى عمر نايف

- المخالفات المالية - مقال منشور - بمجلة الرقابة والمالية - مجلة نصف سنوية - تصدرها مجموعة العمل للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة في الدول العربية - السنة الثانية - العدد ١ جوان - ١٩٨٣ .

---

* محمد فؤاد مهنا

- عقود الامتياز البترولية - بحث منشور بمجلة - القانون والعلوم السياسية - الحلقة الدراسية الثانية - ج ٢ جانفي - ١٩٦٦ - طبعتها الهيئة المصرية للكتاب - القاهرة - ١٩٧٢ .

* مصطفى الجمـــال

- العقد والتطبيق الاشتراكي - بحث منشور بمجلة الحقوق للبحـو ث القانونية والاقتصاديـة - كلية الحقـوق - جامعة الاسكندرية - ملحق العـددان ٣ ، ٤ لسنـة ١٩٦٨ .

ثالثـا : المجـــلات :

* مجموعـة المبـادئ القانونيـة التي أقرتها المحكمـة الادارية العليـا في عشر سنوات (١٩٥٥ / ١٩٦٥) ج ١ - الدار القوميـة للطباعـة - القاهـــرة - أحمـد سمـير أبو شـادي - ١٩٦٥ .

---

* مجموعـة المبادئ التي أقرتها الجمعيـة العموميـة للقسـم الاستشاري للفتوى والتشريـع بمجلـس الدولـة في عشر سنوات (١٩٦٠ / ١٩٧٠) ج ٢ - الدار القومية للطباعـة - القاهرة - أحمد سمير أبو شادي - ١٩٧٠ .

---

* مجلة : المحامـون - مجلة شهرية تصدرها نقابـة المحامين في الجمهوريـــــة العربيـة السوريـــة .

- العـددان : ١ ، ٢ لسنـة ١٩٧٠ .
- " : ٥ ، ٦ " ١٩٧٤ .
- الأعـداد : ٦ ، ٧ ، ٨ " ١٩٧٩ .
- العـدد : ٤٠ " ١٩٨١ .

رابعـا : التشريعات والمراسيم والقـرارات :

- الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ مع تعديلاته الى غاية ١٩٥١ .

- الدستور السوفييتي لسنة ١٩٣٦ .
- " الفرنسي " ١٩٥٣ .
- " الصيني " ١٩٥٤ .
- " المصرى " ١٩٧١ .
- الأمر رقم ٥٧ / ٧٦ المؤرخ في ٠٥ / ٠٦ / ١٩٧٦ المتضمن الميثاق الوطني الجزائرى .

- الأمر رقم ٩٧ / ٧٦ المؤرخ في ٢٢ / ١١ / ١٩٧٦ المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية .

- قانون الجهاز المركزى للمحاسبات المصرى الصادر تحت رقم ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ .

- الأمر رقم ٢٤ / ٦٧ المؤرخ في ١٨ / ٠١ / ١٩٦٧ المتضمن القانون البلدى المعدل والمتمم بموجب القانون رقم ٠٩ / ٨١ الصادر في ١٤ / ٠٧ / ١٩٨١ - ج . ر . عدد : ٢٧ .

- الأمر رقم ٩٠ / ٦٧ المؤرخ في ١٧ / ٠٦ / ١٩٦٧ المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم - جمع وطبع وزارة التجارة .

- ميثاق الولاية - المصادق عليه من طرف مجلس الثورة والحكومة في ٢٦/٠٣/ ١٩٦٩ - ج . ر . عدد : ٤٤ .

- الأمر رقم ٣٨ / ٦٩ المؤرخ في ٢٣ / ٠٥ / ١٩٦٩ المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم ٠٢ / ٨١ المؤرخ في ١٤ / ٠٢ / ١٩٨١- ج • ر • عدد : ٧ •

- الأمر رقم ٧٤ / ٧٠ المؤرخ في ١٢ / ٠٦ / ١٩٧٠ المتضمن إحداث الشركة الوطنية للأشغال البحرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم ١٨ / ٧٣ الصادر في ٠٣ / ٠٤ / ١٩٧٣ - ج • ر • عدد : ٢٩ •

- الأمر رقم ٧٤ / ٧١ المؤرخ في ١٦ / ١١ / ١٩٧١ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات (التسيير الاشتراكي للمؤسسات الميثاق والنصوص التطبيقية) جمع وطبع جبهة التحرير الوطني ١٩٧٥ •

- الأمر رقم ٤٤ / ٧٥ المؤرخ في ١٧ / ٠٦ / ١٩٧٥ المتعلق بالتحكيم الاجباري لبعض الهيئات - ج • ر • عدد : ٥٣ •

- الأمر رقم ٥٨ / ٧٥ المؤرخ في ٢٦ / ٠٩ / ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني - ج • ر • عدد : ٧٨ •

- الأمر رقم ٧٦ / ٧٥ المؤرخ في ٢١ / ١١ / ١٩٧٥ المتعلق بتحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسات الاشتراكية وسلطة الوصاية والادارات الأخرى التابعة للدولة - ج • ر • عدد : ١٠٠ •

- القانون رقم ٠٢ / ٧٨ المؤرخ في ١١ / ٠٢ / ١٩٧٨ المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية - ج ٠ ر ٠ عدد : ٧ ٠

- القانون رقم ٠٤ / ٨٠ المؤرخ في أول مارس ١٩٨٠ المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف المجلس الشعبي الوطني - ج ٠ر٠ عدد: ١٠ ٠

- القانون رقم ٠٥ / ٨٠ المؤرخ في أول مارس ١٩٨٠ المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة - ج ٠ ر ٠ عدد : ١٠ ٠

- القانون رقم ١١ / ٨٠ المؤرخ في ١٣ / ١٢ / ١٩٨٠ المتضمن المخطط الخماسي الأول (٨٠ / ١٩٨٤) ج ٠ ر ٠ عدد : ٥١ ٠

- القانون رقم ١٠ / ٨١ المؤرخ في ١١ / ٠٧ / ١٩٨١ المتعلق بشروط استخدام العمال الأجانب - ج ٠ ر ٠ عدد : ٢٨ ٠

- القانون رقم ٠٣ / ٨٢ المؤرخ في ٣١ أوت ١٩٨٢ المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها - ج ٠ ر ٠ عدد : ٣٥ ٠

- القانون رقم ٢٢ / ٨٤ المؤرخ في ٢٤ / ١٢ / ١٩٨٤ المتضمن المخطط الخماسي الثاني (٨٥ / ١٩٨٩) ج ٠ ر ٠ عدد : ١ ٠

- المرسوم رقم ١٤٩٩٦ المؤرخ في ٣١ / ١٢ / ١٩٦٣ المتضمن قانون المحاسبة اللبناني ٠

- المرسوم رقم ١٨١ / ٧٤ المؤرخ في ٠٢ / ٠٩ / ١٩٧٤ المتضمن إحداث المؤسسة العمومية للبناء والأشغال العمومية - بعنابة - وتحديد قانونها الأساسي - ج . ر . عدد : ٧٦ .

- المرسوم رقم ١٨٣ / ٧٤ المؤرخ في ٠٢ / ٠٩ / ١٩٧٤ المتضمن إحداث المؤسسة العمومية للبناء والأشغال العمومية للمدية - وتحديد قانونها الأساسي - ج . ر . عدد : ٧٥ .

- المرسوم رقم ٥٦ / ٧٥ المؤرخ في ٢٩ / ٠٤ / ١٩٧٥ المتعلق بتشكيل مجالس التنسيق الخاصة بالمؤسسات الاشتراكية (التسيير الاشتراكي للمؤسسات ، الميثاق والنصوص التطبيقية) جمع وطبع جبهة التحرير الوطني - ١٩٧٥ .

- المرسوم رقم ١٤٩ / ٧٥ المؤرخ في ٢١ / ١١ / ١٩٧٥ المتعلق بمجالس مديريات المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي - ج . ر . عدد : ١٠٠ .

- المرسوم رقم ١٥٠ / ٧٥ المؤرخ في ٢١ / ١١ / ١٩٧٥ المتعلق بصلاحيات مجالس العمال في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادى ج . ر . عدد : ١٠٠ .

- المرسوم رقم ١٣٦ / ٧٨ المؤرخ في ١٠ / ٠٦ / ١٩٧٨ المتضمن إعادة تنظيم الادارة المركزية لوزارة الداخلية - ج . ر . عدد : ٢٤ .

- المرسوم رقم ٤٥ / ٨٠ المؤرخ في ٢٣ / ٠٢ / ١٩٨٠ المتضمن إحداث مركز وطني لتنشيط المؤسسات ومعالجة المعلومات الخاصة بقطاع البناء - ج . ر . عدد : ٠٩ .

- المرسوم رقم ١٢١ / ٨٠ المؤرخ في ١٢ / ٠٤ / ١٩٨٠ المتضمن المصادقة على اتفاق القرض رقم ٦ المبرم بين وزارة المالية وصندوق التعاون الاقتصادي لما وراء البحار - الموقع في ٢٦/ ٠٩ / ١٩٧٩ بطوكيو - ج . ر . عدد : ١٦ .

- المرسوم رقم ١٧٨ / ٨٠ المؤرخ في ١٩ / ٠٧ / ١٩٨٠ المتضمن المصادقة على اتفاق القرض رقم ١٨٠٣ المبرم بين الحكومة الجزائرية والبنك الدولي للانشاء والتعمير الموقع في ٢٦ / ٠٣ / ١٩٨٠ بواشنطن ج . ر . عدد : ٣٠ .

- المرسوم رقم ١٤٥ / ٨٢ المؤرخ في ١٠ / ٠٤ / ١٩٨٢ المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي - ج . ر . عدد : ١٥ .

- المرسوم رقم ٥٩ / ٨٥ المؤرخ في ٢٣ / ٠٣ / ١٩٨٥ المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمل المؤسسات والادارات العمومية - ج . ر . عدد : ١٣ .

- القرار المؤرخ في ٢١ / ١١ / ١٩٦٤ المتضمن المصادقة على دفتر

الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والبناء والنقل

ج • ر • عدد : ٤٧ •

- القرار المؤرخ في ٢٧ / ٠٦ / ١٩٨١ المتضمن انشاء لجنة المشتريات المجمعة من الأعتدة والتجهيزات المستوردة للجماعات المحلية والمؤسسات الموضوعة تحت الوصاية ، ومراقبة خدمات الدراسات

ج • ر • عدد : ٤٨ •

- الفهـرس -

الموضوع | الصفحة

المقدمة

الباب الأول

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة